الإمام محمد أبو زهرة

الولاية على النفس

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

الإمام محمد أبو زهرة

د/فؤاد بن عبد الكريم العبد الكريم
جوال: ٠٥٠٥٤٩٩٨٨٢

الولاية على النفس

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـــــــــدمة المؤلف

نحمدك الله على ما أنعمت وأوليت ، ونصلى ونسلم على النبى الأمى المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

اما بعد فقد رأى « معهد الدراسات العربية العالية » التابع لجامعة الدول العربية ان يجعل من موضوعات دراسات طلبـــة قسم الدراســـات القانونية فى الشريعة موضوع الولاية على النفس ، وقد عهد الى أن أتولى تدريســــه .

وهو موضوع له خطر وشأن فى المجتمعات العربية ، ذلك أنه يتعلق برعاية النشء منذ نعومة أظفارهم ، اذ يوجههم بالتهذيب ، والتأليف القلبى مع الجماعة ــ لخيرها والابتعاد عما يقوض بنيانها فى اى ناحية من نواحيه.

وقد اعتزمت بعون الله تعالى أن اكتب فى الأبواب الآتية :

١ ــ تمهيد ، يكون فيه بيان عناية الاســـلام بالطفولة ، ومن يكونون فى مثل عجزها ، وبيان مقام الشريعة الاسلامية فى حماية الضعفاء ، وآثار اعمال الآباء والدولة للصغار على المجتمع . ومناقشة آراء من يزعمون أن كثرة الطـــلاق وتعدد الزوجات هما سبب التشرد وانحراف الاحداث .

٢ ــ أسباب الولاية على النفس من صغر وجنون وأنوثة ، وحدود كل منهـــا .

٣ ــ زمن الولاية على النفس ، ومداها ، والواجبات فيها ، وانتهاؤها فى كل من الحالات الثلاث بالبلوغ أو الافاقة او بالزواج والرشد ، واختلاف

أقوال الأئمة الفقهاء فى ترتيب الأولياء على النفس ، وبيان ما نصت عليه القوانين فى كل من لبنان وسوريا والاردن والعراق والجمهورية العربية المتحدة وتونس ، والبلاد التى ليس بها تقنين فى ذلك .

٤ — الأوليـاء وشروطهم ، وبقـاؤهم وعزلهم .

٥ — مدى ولاية التزويج .

وقد راعيت فى هذه الدراسة أن تكون دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية ، والقوانين المعمول بها فى مختلف البلاد العربية .

والله سبحانه وتعالى يتولانا بعنايته ، ولولا فضل الله تعالى علينا ما استطعنا أن نقوم بعمل ، انه الهادى ونعم المولى ، ونعم النصير .

محمد أبو زهرة

تمهيـــــــــد

مقام الشريعة فى حماية الضعفاء والنشء :

قال الله سبحانه وتعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم ، وخلق الانسان ضعيفا » وان هذا النص الكريم يشير الى حقيقتين ثابتتين :

الحقيقة الأولى : أن الأحكام الشرعية لتخفيف مشاق هذه الحياة التى نحياها ، الا تنحدر الى هاوية من الرذائل ، ولا الى التقاطع والتنابذ، وعدم التالف والتراحم ، بفطم النفوس عن شهواتها ، وتربيتها على الخير ، والمحبة والتواد ، فان الحياة لا تكون خفيفة غير شاقة الا فى هذا الاطار الذى تجتمع القلوب فيه ولا تتشعب بها الأهواء فتتنافر وتبعد عنه .

الحقيقة الثانية : أن الانسان ينشأ فى هذا الوجود ضعيفا ، لا يقوى على الانفراد بمواجهته الا بعد زمن ليس بالقصير ، واذا كانت رعاية الحيوان لأفراخه قصيـــرة ، فرعاية الانسان لأولاده طويلة ، تمتد الى خمسة عشر عاما ، بينما الحيـــوان لا تمتد رعايته لأفراخه لأكثر من بضـــعة أســـابيع أو أشهر على الأكثـــر .

وما أحكم قوله سبحانه فى الدلالة على هذه الحقيقة : « وخلق الانسان ضـــعيفا » .

ولهذا الضعف الذى صاحب ابن الانسان من ولادته ـ نظمت عليـــه ولاية حتى يستوى شابا قويا ، يعتمد على نفسه ، ونظم الاسلام رعايـــة ذلك الضعف ، حتى يقوى المولود ، ويزول ضعفه ، ويستقل بنفسه ، وان ذلك يختلف باختلاف الأزمان ، فانه كلما تعقدت أساليب الحيـــاة ، كان الضعف لا يزول الا بكثرة الدربة على الحياة ، وذلك يختلف باختـــلاف جنس الانسان من ذكورة وأنوثة ، فان الذكورة تبلغ درجة القوة والاستغناء قبل بلوغ المرأة هذا السن ، بل انها لا تستغنى عن ظل الرجل فى حياتها،

فتكون فى ظل الزوج فى حال الزواج ، وتكون فى الولاية عند انفـرادها عن الزواج ، وذلك فى حكم الاسلام ، وهو حكم المجتمع الفاضل الذى لا يصح أن يعيش فى غير الفضيلة العالية .

وقد وجدت على الانسان منذ ولادته ثلاث ولايات :

اولاها ــ ولاية التربية الأولى : وهى التى تقوم على شئونه منـذ نزل من بطن أمه ، وهى الحضانة . وان الام هى التى تحضنه فانها هى التى ضمته بين جوانحها وهو جنين ، وغذته فى ذلك الابان بدمها ومن جسمها ، ولما نزل فى حجرها غذته بلبنها وهو فى المهد صبى فهى امتداد لأصل خلقه وتكوينه ، تغذيه وتحبو به فى مدارج الحياة ، وتفيض عليه بحنانها وعطفها لتربى فيه نزوع العواطف الانسانية العالية .

وان هذا الدور من الحياة يكون فى رعاية أمه أو امرأة تغنى غناءها، وان لم يكن كاملا مثل كمالها . ولهذا كانت الحضانة للنساء ، لأن الامومة فى فطرتهن ، والطفل يحتاج فى صدر حياته الى امومة مستمرة حانية ، وهى التى تجعله غلاما من بعد ذلك يألف الناس ويألفونه ، ولا ينظر الى المجتمع نظرة من يشنؤه ويعـاديه .

والولاية الثانية ــ هى الولاية على المال ' اذا كان له مال ، وهى مختصة بادارة ماله تزكيه وتنميه وتحفظه وتصونه ، حتى يبلغ رشده ويبلغ اشده ، كما قال تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنسـتم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ، ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا ، ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف ، فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم ، وكفى بالله حسيبا » .

وثالثها ــ الولاية على النفس : وتثبت على المولود الضعيف ولاية على النفس وهى فى مقابل الولاية على المال ، واذا كان المولود حين يولد يحتاج الى من يقوم على غذائه وفراشه ولباسه ، يغذيه ، وينميه ، ويلبسـه ، فانه يحتاج الى من يحميه ، ومن يحس معه (وعينه تتفتح للدنيا) أن فيها القوى الذى يكلؤه ويرعاه . واذا كانت أمه تمده بعنايتها داخل المنزل ، فابوه يمده بحمايته وعطفه ورعايته داخل المنزل وخارجه .

الحضـانة ومشـاركتها للولاية على النفس :

أن الأبوين وهما يظلان الأسرة بجناحين احدهما من الام يغـذى

وينمى ، والآخر من الاب يحمى ، ويدرب على الحياة المستقلة ، فانه تلتقى حضانتان قويتان حضانة الأم ، وحضانة الأب بالولاية على النفس ، فاذا انفصل الزوجان أو مات أحدهما — أو كان أحدهما غير صالح للعمل الذى يجب عليه ، فإن الحضانة تنفصل فتكون للأم ، أو لغيرها من النساء ، وتكون الولاية على النفس للاب أو لغيره من ذوى قرابته ، ويكون توزيع الاختصاص بحكم الفقه ، لا بحكم الإتفاق بين الأبوين فقط ، اذ هما يعملان بحكم الشرع على مصلحة ذلك الوافد الجديد على هذا العالم المضطرب ، وعند التوزيع يكون على الحاضنة الرعاية والقيام على شئونه الحيوية من مأكل وملبس وايواء ،وعلى الولى على النفس العناية بالتهذيب والاصلاح والحماية والانفاق، فيمكن الحاضنة مما تحتاج اليه من مال .

وأن الحضانة تستمر مشاركة الولاية على النفس ، حتى تنتهى مدتها. وقد اختلف الفقهاء فى مدة انتهائها ، واذا انتهت صارت الرعاية الكاملة على النفس ، وصار الولى على النفس هو المهيمن وحده ، وهو يتولى اصلاحه وتربيته ، وحمايته ، وتكوينه على الفضيلة الاجتماعية العالية .

جناح الاحداث :

وان الولاية على النفس هى التى تصلح بها الناشئة ، وهى التى تجعل المجتمع قائما على التآلف . ويقل فيه الشذوذ فلا يكون منحرفون ، ولا أحداث، ولا يكون الأذلاء الذين يتخذون التسول مهنة يرتزقون منها .

وقد ثبت ان **الانحراف الى الجريمة ينبعث ابتداء من احد امرين** :

أولهما — من القدوة السيئة التى تكون فى الولى على النفس من أخلاق فاسدة ، وانحرافات اجتماعية ، وتعود للآفات المفسدة للنفس والعقل ، التى تجعل من الرجل انسانا شاذا لا يؤدى للمجتمع عملا صالحا ، بل يقوم بأعمال الافساد فيه ، وبذلك ينشأ الغلمان على ما نشأهم أولئك الأولياء الفاسدون المفسدون .

ثانيهما — الاهمال المطلق للغلام فلا يراعى ولا يلتفت اليه ، اما لان الولى انفصل عن أمه ، أو كانت الشحناء بينه وبين من كانت فى الأصل حاضنته ، فيضيع الولد بين الاثنين . واما لانه فقد اباه وجسده، ولم يجد من الدولة عناية بتلك الذرية الضعاف من أمثاله ، وانها تتركهم لتصرفات الزمان، ان وجدوا صالحا صلحوا وان لم يجدوه ضاعوا وفسدوا، وكانوا مصدر شر للجماعة .

الاحكام والجزاءات واثرها :

فى كثير من الاحيان تكون الجزاءات التى تتخذ لعقاب الذين يقعون فى أمر مخالف سبيلاً لضياع الأولاد واتجاههم الى الشر ، وذلك بالأحكام المقيدة للحرية التى قد تمتد ازمانا طويلة لجريمة فرطت من الولى . فانه فى المدة التى يقضيها وليه النفسى فى الحبس يكون مهملا ضائعا ، لا موجه يوجهه ، ويزدريه الناس لما ينال اباه ، ولعدم وجود من يرعاه ، أو يكون موضع أذى الغلمان من سنه ،بل يكون فريسة الشر فى المجتمع ، فالشر ينصب عليه انصبابا ، وهو ضعيف لم يستقم عوده ويستغلظ من بعد .

وبذلك يخرج الى الحياة ، وهو يحس بأنه منبوذ منذ نعومة أظافره ، فلا تربطه بالجماعة التى يعيش فيها مودة ، لأنها ظلمته وضيعته ، ولم يجد فيها عاطفا يعطف عليه ، ولا رحيما يرحمه ، ولا كالئا يحميه .

وان اهمال النشىء ، وعدم وجود الولى على النفس الصالح ، أو عدم وجود الرقابة على الفاسد ، ونزع الصغير من يده ــ قد ادى الى التشرد وكثرة الأحداث الذين يخربون فى الجماعة ، وهم بعد صغار ، ويشبون على الفساد ، بعد أن يصيروا كبارا ، ثم يكون منهم الشذاذ والمفسدون ، والعصابات المخربة التى تزعج الآمنين فى كل مكان ، ويتعذر من بعد اصلاحهم بعد أن شبوا عن الطوق ، وقست قلوبهم،واستمرات الشر نفوسهم، وصلب عودهم المعوج ، فلا يستقيم الا بالكسر أو البتر .

* * *

الطلاق وتعدد الزوجات :

ومن جهل بعض الناس ، ومنهم من يحسبون فى المفكرين ، أن يزعموا أن كثرة الطلاق وتعدد الزوجات سبب فى التشرد ، وكثرة الأحداث ، ويغفلون تماما عن الولى عن النفس ، وعدم وجود الرقابة عليه ، وعدم عناية الدولة بالناشئة الذين يولدون ويعيشون بين آباء غير صالحين ، أو يفقدون آباءهم ، ولايوجد من يقوم على تربيتهم ، بل لايوجد من يعولهم ، ويقدم لهم ضروريات الحياة .

ولا يجول بخاطرهم اهمال الدولة الاولاد الذين ينشئون وآباؤهم فى باطن الارض ، لا فى ظاهرها ، اذ يقضون فى السجون شطرا من حياتهم ، واكثرهم من الفقراء الذين يعيشون ضياعا بين الناس ، لا يجدون ما يتبلغون

به ويقيم أودهم الا بتكفف الناس أو باختطاف رغيف من خباز ، أو لقمة من بقايا الطعام في كناسة الطرقات .

ولقد كان ذلك التفكير الضحل سببا في أن يبعدوا عن موطن الداء ، فكان مثلهم كمثل الطبيب الذى يرى المريض يتألم ، فيتعرف مواضع الداء في غير موضعه ، ويبحث ويداوى ، والداء الحقيقي يرتع في الجسم ، حتى يبليه ، أو يؤذيه . لقد تركوا الداء يستشرى ، وأخذوا يهيمون وراء أخيلة فاسدة تخيلوها ، وأوهام باطلة توهموها ، وظنون لا تغنى من الحق شيئا .

وان تعدد الزوجات لا يمكن ان يكون سببا ، لأن تعدد الزوجات أخذ يقل من تلقاء نفسه ، لأعباء الحياة ، والثقافة واتساع آفاقها ، ولسهولة الوصول الى المرأة من غير ارتباط بعقد مقيد ، ولأن الذين كان ينتظر أن يتزوجوا أكثر من واحدة لاستيلاء الشهوات على نفوسهم تحللوا من القيود الدينية ، فاتجهوا الى مراتع الفساد متحللين من القيود الخلقية والاجتماعية فاتخذوا الخلائل بدل الحلائل ، كما هو الشائع الآن في أوربا .

وكان مقتضى النقصان في تعدد الزوجات ان ينقص عدد الأحداث والمشردين ولكنه لم ينقص ، لأن الذى كان يعقد الزوجات كان يحس بالقيود الدينية ، والشكائم الخلقية ، والتبعات الأدبية الملقاة على عاتقه بالنسبة للولد ، لأنه مقيد بالخلق والدين في الجملة . أما تعدد الخلائل الذى حل محل تعدد الزوجات عند الذين يسيرون وراء شهواتهم فانه يصحبه عادة تحلل من كل الروابط الاجتماعية والأدبية ، ويصير أمره فرطا لا يرتبط بقيد من القيود ، ومن هؤلاء يكون اهمال الولاية على النفس ، ويكون الأولياء الأشرار ، ومن بيئاتهم يكون الاحداث ، ويكون المشردون ومن بعدهم يكون الشذاذ ، والمفسدون في الأرض .

لقد نقص تعدد الزوجات نقصا واضحا ، فبعد أن كانت نسبة الذين يعددون الزوجات الى عدد الزواج بشكل عام تصل ٥ر٥٪ (سنة ١٩٥٠) ، أخذت تهبط شيئا فشيئا حتى صارت بعد عشر سنين (سنة ١٩٦٠) ٤ر١٪ ، فهل نقصت نسبة الأحداث ونسبة المشردين بهذه النسبة في النقص ؟.. انهم زادوا ولم ينقصوا ، وبذلك التوت المقدمة على النتيجة وظهر بطلانها .

والأمر في الطلاق واضح ، لأن الاحصاء اثبت أيضا أن الطلاق يقل من تلقاء نفسه كتعدد الزوجات . ولم يقل عدد الاحداث والمشردين ، كما لم

تقل نسبتهم ، اذ أن نسبة الطلاق هبطت من نحو ٣٣ ٪ الى ٢٣ ٪ ومع ذلك لم تنقص نسبة التشرد .

وان الطلاق الذى يفصل بين الزوجين ، أى يفصل الابوين للطفل ليست نسبة كبيرة ، كما يتوهم المتوهمون ، لانه لا يفصل الطلاق بين الزوجين الا اذا كان مبتوتا لا سبيل معه الى استئناف حياة زوجية جديدة . لقد درسنا احدى الجهات التى يكثر فيها الطلاق لأسباب موضعية وهى حى « مصر القديمة » ، فأحصينا نسبة وقائع الطلاق فيها ، فوجدناها بالنسبة لعدد الزواج ٣٩٪ بينما النسبة العامة فى البلاد كلها ٢٣٪ .

ولقد فحصنا الطلاق الفاصل المفرق ، فوجدناه يهبط ، لأن الطلاق رجعى فى اكثر احواله ، واذا نشأ بائنا أو كان قبل الدخول ، فانه يجوز استئناف حياة زوجية ما لم يكن مكملا للثلاث .

واذا أسقطنا من هذه النسبة ٣٩٪ عدد الرجعات ، وعدد الطلاق قبل الدخول الذى لم ينشىء أولادا ، وعدد الزواج الذى استؤنف بعد الطلاق ، وعدد الطلاق بتراضى الزوجين ، تهبط النسبة من ٣٩٪ الى أقل من ٢ ٪ وهو الذى يتصور فيه أن يكون اهمالا للولاية على النفس ، وهو تصور لا يؤيده الواقع ما دام الرجل فى ذاته مستقيما مدركا لحقوق الاولاد من كل الوجوه عليه . واذا كان غير مستقيم ، فسواء حصل الطلاق أم لم يحصل فانه سيهمل اولاده ، اذا لم يكن لهم ذو رحم يرعاهم ، ويكلؤهم بعنايته .

كثرة الأولاد تمنع الطلاق :

على أن هناك حقيقة يجب التنبيه اليها ، وهى انه ثبت من الاحصاءات المختلفة من سنة ١٩٣٩ الى سنة ١٩٦٠ ، أن الأولاد كابح يكبح الطلاق ، فقد ثبت من احصاء سنة ١٩٦٠ ان اكثر من سبعين فى المائة من وقائع الطلاق كانت بين الأزواج الذين ليس لهم اولاد يربطونهم ، فان الأولاد رباط من اللحم لايمكن ان يقطعه الرجل الذى لم تشوه انسانيته ، ولم يصب طبعه بآفة تضعف عقله وقلبه .

وانه بدراسة احصاءات الطلاق فى السنين ١٩٣٩ ، ١٩٤٠ ، ١٩٤١ ، ١٩٤٢ — تبين أن نسبة الطلاق فى حال عدم اعقاب اى ولد تصل الى ٧٥٪ ، وفى حال اعقاب ولد واحد تصل الى ١٧ ٪ ، ولذوى الأولاد ٨٪ تهبط النسبة

فيها كلما كثر الأولاد ، حتى اذا وصل الأولاد الى أكثر من خمسة هبط الطلاق ، حتى يصير من غير نسبة لا الى مائة ولا الى الالف .

اذا كان الولد مانعا من الطلاق فكيف يتخذ التشرد وجرائم الاحداث دليلا على كثرته ، أو على أنه هو السبب ، أو يربط بينه وبين ذلك بأى نوع من الرباط .

* * *

قبل أن نترك القول فى هذا التمهيد يجب التنبيه الى ثلاثة أمور :

أولها — انه يجب على الدول العربية أن تنظم فى قوانينها طرق الرقابة على الأولياء على النفس ، حتى لا تترك الجيل الناشىء فى أيدى من لا يحسنون القيام على تنشئته تنشئة طيبة تجعل منه انسانا اجتماعيا يأتلف مع الجماعة ولا ينفر منها ، ويأخذ منها ويعطيها من غير اعتداء ولا اثم الا ما يقع من الرجل الذى يدنس قلبه بالجريمة ، وتكون مرضا فى ذات نفسه لايفارقها ، ويكون قلبه مريدا بالمعاصى والاجرام .

وقد ابتدأ القانون المصرى فى القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بالاتجاه الى هذا التنظيم ، فأوجب على محكمة الجنايات عندما يحكم على رجل هو ولى على نفس أولاده أو غيرهم أن ترسل الى محكمة الاحوال الشخصية لعزله ، ان كان الحكم من شأنه أن يسقط الولاية على النفس ، أو يسوغ اسقاطها ، أو وقفها . ولكن يلاحظ أن المحاكم لا تفعل ذلك ، لأن هذا ليس بمنصوص عليه فى قانون العقوبات أو الأجراءات الجنائية ، وان كان منصوصا عليه فى قانون محاكم الاحوال الشخصية .

وفوق ذلك هناك نقص فى القانون ، ولو طبق ، لأنه نص على الجرائم التى تبيح العزل من الولاية او تقيدها ، أو توجب العزل . وفى الواقع أن كل حكم بالحبس مدة تزيد على سنة يوجب تغيير الولى أو اقامة آخر حتى يعود .

وسنبين مواضع النقص فى ذلك القانون عند الكلام فيه ، ان شاء الله تعالى .

الأمر الثانى — الذى يجب التنبيه اليه — هو أن الاوربيين نسبة جرائم الاحداث والتشرد عندهم لا تقل عن نسبتها عندنا ان لم تكن تزيد

عليها ، وهم لم يكن عند أطبائهم الاجتماعيين أغراض مختلفة تجعل الداء يشتبه عليهم ، كما اشتبه على الذين يتكلمون عندنا ، بل اتجهوا الى الداء مباشرة، وهم يحاولون علاجه .

وقد ذكروا من أعظم الأسباب الانفصال بين الزوجين فى العشرة ، وهى تكون عادة لأسباب تتعلق بأخلاق أحدهما ، وأكثر الاسباب التى أثبتت الاحصاءات كثرة ضحاياها الادمان على الخمر ، وان أم الخبائث مهما تكن منتشرة باخبائها فى بلادنا لا يمكن أن تكون ذات خطر فى أوساطنا كما هى فى أوساطهم ، ومن الأسباب أيضا العطل والفقر ، وهو سبب مشترك بيننا وبينهم ، ولكن القناعة الشرقية تخفف من ويلاته عندنا ، ولا يخفف شىء من ويلاته عندهم .

ومن الأسباب اتخاذ الخلائل ، والخيانة الزوجية من الزوجة ، واننا والحمد لله برآء من هذا الداء فى الجملة ، وان كان الذين يقلدونهم تدرنت نفوسهم بأدرانهم ، ولكنهم مهما يكونوا ليسوا بصدد يصور أخطارا اجتماعية على الاسرة وعلى الناشئة ، كما يصوره عندهم . ولكن الحكومات عندهم تقوم على رعاية من لا يجد وليا يرعاه ، فهلا قلدناهم فى هذا ؟ أحسب أن وزارة الشئون الاجتماعية قد تتجه هذا الاتجاه .

الأمر الثالث — الذى يجب التنبيه اليه انه **لو نفذت المبادىء الاسلامية** على وجهها الصحيح ، وكما أمر النبى صلى الله عليه وسلم ما تفاقم الشر بالنسبة للأحداث والتشرد **وذلك لسببين** :

(أ) ما قرره الفقهاء من ضرورة الرقابة على ولى النفس ، وما اشترطوا فيه من شروط يجب تحققها ، واذا اختل شرط منها نزع الولد من يد الولى ، واعطى للولى الذى يليه وقد جعلوها فى القرابة ، لان الاقرباء أغير على الصغير والقاصر بشكل عام من الاجانب ، وصلة القربى تجعلهم يتعيرون بالشاذين من ذوى قرابتهم ، فالأسر يلحقها العار من الذين يشذون من أفرادها .

وقد أشرك الاسلام الأسرة فى عقوبة الجرائم التى تقع من أفرادها ما دامت العقوبة ليست بدنية ، فالدية تجب على العاقلة ، فانها لهذا الغرم الذى يحتمل نزوله بها من شذوذ الشذاذ تعمل على أن تنشىء الناشئة فيها بعيدة عن الجريمة ، لكيلا تتحمل الغرم فى القابل ، كما تتحمل العار ،

وان ذلك بلا ريب تعاون واضح على رعاية الصبيان والقاصرين بشكل عام، لأن خيرهم يعود اليهم ، وشرهم ينزل المغارم بهم .

(ب) ان القرآن حث على اكرام اليتـامى ، وهم الذين يظن اهمالهم وضياعهم ، اذ هم الذين يحتاجون الى ولى على النفس يجتمع فيه حنـان الابوة ، والحرص على مصلحتهم ، كما يحرص الآباء .

وقد كان حرص القرآن الكريم والسنة النبوية على منع اذلالهم ، لأن اذلالهم يؤدى الى ان ينشئوا على المهانة ، والمهانة تسهل الجريمة ، وهى فوق ذلك تجعلهم يشعرون بعداوة بينهم وبين الجماعة التى يعيشون فيها ، وحيث كانت العداوة بينهم وبين المجتمع ، لا يحسون بحرمته ، ولا يقيمون وزنا لحمايته ، بل يتجهون الى النقمة منه ، وهم كبار بعد أن ضـيعهم وهم صغار . ولقد أمر القرآن بضم اليتامى اليهم ليعيشوا فى أسرهم ، فقال تعالى « ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير ، وان تخالطوهم فاخوانكم ، والله يعلم المفسد من المصلح ، ولو شاء الله لأعنتكم » وأحسب أن من الاعنات الا يخالطوهم ويتركوهم هملا ، فان ذلك لـه مغبتـه فى قابل حياتهم ، وبذلك يمنتونهم ، ويقول سبحانه : « فأما اليتيم فلا تقهر ، وأما السـائل فلا تنهر ، وأما بنعمـة ربك فحدث » وقد قال صلى اللـه تعالى عليه وسلم : « خير بيوت المسلمين بيت يكرم فيه يتيم ، وشر بيوت المسلمين بيت يقهر فيه يتيم » .

ويقول عليه الصلاة والسلام فى التحريض على اكرام اليتيم ، وحسن كفالته والقيام على شئونه ورعايته : « انا وكافل اليتيم فى الجنة هكذا » واشار بأصابعه أنهما متجاوران ، أى أن الذين يقومون على رعاية اليتامى يقول النبى الصادق الأمين انهم يكونون فى منزلة النبيين والصديقين .

ولو اتبعنا أوامر ديننا وادركنا ما قرره فقهاؤنا ، لطهرت الطرقات فى بلدنا من الاحداث والمشردين ، ولكنا هجرناه وكان منسيا ، فكان ما كان من أدواء ومفاسـد ، ولا حول ولا قوة الا بالله العظيم .

أسباب الولاية على النفس

تثبت الولاية على النفس حيث يتحقق أحد أمرين :

أولهما ــ العجز عن وقوف الشخص وحده فى الحياة واحتياجه الى من يحميه ويقوم على شئونه ، **لأنه** لا يستطيع القيام بها وحده ، ولا يستطيع حماية نفسه فى مضطرب المجتمع ، وان ذلك بلاريب يتحقق فى الصغر والأنوثة كما يتحقق فى المجنون والمعتوه .

والأمر الثانى ــ ان يكون الشخص فى حاجة الى التأديب والتهذيب والتعود على العادات الاسلامية الكريمة وذلك يتحقق بلا ريب فى الصغير .

ولذلك قرروا ان اسباب الولاية على النفس الصغر ، والجنون أو العته ، والأنوثة ، على ان تكون الأخيرة فى دائرة محدودة ، على ما سنبين ان شاء الله تعالى .

أ ـــ الصغر

يولد الانسان عاجزا كما بينا من قبل، وتثبت عليه الولايات الثلاث التى اشرنا اليها من قبل ، وانه وهو فى هذا الضعف يحتاج الى من يرضعه لدييه ، او يغذيه بكل وسائل التغذية التى تناسب سنه ، وتتفق مع قوته البدنية ، ويحتاج مع ذلك الى من يعلمه بالحياة، ويدربه عليها ،ويحميه من الناس ، ويهذب غرائزه ويوجهها نحو الخير ، ويعوده العادات الخلقية السليمة الطيبة ، وفى الجملة يشرف على تربيته وتوجيهه وصيانته ، فيعنى به جسما وروحا ، وعقلا وخلقا ، ويتولى تعليمه ، ولقد قال المرحوم فتحى زغلول فى كتابه شرح القانون المدنى ما نصه :

« المولود يولد فاقد الأهلية ، ويبقى كذلك الى أن يبلغ سن التمييز، ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز ، الا أن عقله وملكاته لا يزالان غضين فلا يقوى على تقدير الأعمال التى تصدر عنه ، او يتعمد فعلها تقديرا صحيحا ، ثم هو لا يصل الى هذه المرتبة الا بعد أن تنضج قوته العاقلة ، ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على ادارة أمواله بنفسه ، ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا فى زمن واحد ، بل هم مختلفون فى ذلك اختلافا كبيرا . وان منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات ، والحاجة الى وضع حد تنتهى اليه حال الانسان . ويخرج ببلوغه من دور التردد الى دور العمل . كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، وتتم له الأهلية » (١) .

وان كلام الأستاذ المرحوم فتحى زغلول سيق لبيان اهلية التعامل المالى ، وهو يتفق أيضا مع ما ينبغى من التربية الأولى والتهذيب والحياطة.

---

(١) شرح القانون المدنى ص ٣٨ وعوارض الاهلية لاستاذنا المرحوم الشيخ احمد ابراهيم (بك) و « الملكية » للمؤلف ، واصول الفقه له .

ولاشك أن الطفل له دوران — دور يكون فاقد التمييز ، وفى هـذا الدور لا تكون التبعة كلها ملقاة على الولى ، بل يشاركه فيه الحاضنة ، فهى تستمر مع الطفل الى سن التمييز والى ما بعدها على اختلاف الفقهاء فى تقدير سنها ، وعلى مقدار سلامة جسم الصغير وقدرته واستعداده للاستغناء عن خدمة النساء ورعايتهن ، وعمل الولى فى هذه الفترة مشاركة فى الرعاية ، ولو أردنا أن نوزع ، فان الحدود فى التوزيع لا تكون محدودة الرسوم ، ولكنها مقربة ، فالحاضنة تكون مسئولة عن الرعاية اليومية له من اعداد غذائه ، واطعامه ، والباسه ، والاشراف على منامه ، والقرب منه لسداد حاجاته اليومية العاجلة ، وهى مع ذلك مسئولة عن امداده بالعطف والرحمة والمودة ، لينشأ اليفا ، مالوفا ، وفى الجملة تغذى جسمه ونفسه .

والولى على النفس يحميه ، ويربيه ، ويهذبه ، ويقوم على اصلاحه بالطب لجسمه ، والطب لعقله ، والحماية له من أوضار الحياة واشرارها، ويحفظ عليه دينه واخلاقه ، ويراقب الحاضنة فى ذلك لينشأ نشأة حسنة.

وفى الحق ان دور الحاضنة قبل سن التمييز أوضح ظهورا من دور الولى على النفس ، وان كان كلاهما ضروريا لمعالجة الضعف الذى يولد عليه المولود .

هذا شأن الطفل فى الدور الاول من حياته ، وهو دور عدم التمييز. أما الدور الثانى . وهو دور التمييز ففى هـذا الدور يكون دور الولى هو الواضح ، بل هو المنفرد بالنسبة للغلام ، وبالنسبة للصغيرة يكون منفردا على راى جمهور الفقهاء ، بعد أن تتجاوز سن الحضانة الذى لا يصل الى البلوغ عندهم .

والطفل فى هذه السن الصغيرة قبل التمييز يكون كالامانة الواجبة الحفظ والصيانة فى يد الولى عن النفس ، ويد الحاضنة فى مدة الحضانة تكون اقوى قبل التمييز ، وتكون يد الولى أقوى سلطانا بعد التمييز .

والولاية على النفس عملان :

اولهما — القيام على شئون هذا المخلوق الضعيف ، **والثانى** ولاية التزويج ، فنأخذ فى الكلام فى الاولى ، ولنترك الثانية الى موضعها من القول.

ولاية الحفظ تتناول ثلاثة اعمال ـ اولهـا : ولاية التاديب والتعليم والتهذيب ، والثانية حفظ نفسـه ، والثالثة منعه من الاعتداء على الآخرين، اذ يترتب عليهـا مؤاخذات فى ماله ، ولنتـكلم عن الاولى :

ولاية التعليـم والتـأديب

روى فى بعض الآثار ان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قال : « غذ ولدك سبعا ، وادبه سبعا ، وصاحبه سبعا ، ثم اترك حبله على غاربه ».

وان هذا تقسيم حسن يتفق مع طبائع السن فى هذه الواجبات الثلاثة، وهو فى ذاته حكمة بالغة ، والسبع الأولى بلا شك يشترك فيها الولى مع الحاضنة ، والسبع الثانية تكون فيها التبعة الكبرى على الولى ، وللحضانة دخل فى التسهيل والتيسير اذا كان الطفل لا يزال فى يدها .

وان التعليم يبتدىء بالتلقين منذ يدرك الأمور ، بل منذ يعرف أباه وامه واخواته وذوى قرابته ، ولكنه يكون تعليما بالتلقين ، وبث الشعور الاجتماعى، وتربيته على ضبط النفس ، والأخذ فى السيطرة على غريزة الأثرة ، وبث روح الايثار ، وان الطفل أثر بفطرته ، يحسب أن الوجود له هو ، وأن كل من فيه سخر له ، فيتعلم ما لغيره من حقوق تماثل حقوقه بالتلقين ، وبث روح الائتلاف ، وللأم فى ذلك عمل كبير .

واذا بلغ التمييز كان التعليم ببيان الحقائق الدينية بمقدار ما يطيقهـا عقله ، وتتسع لها مداركه ، ويعود العادات الدينية ، ويروضه وليه على القيام ببعض العبادات ، حتى يدرك مغزاها ، بعد أن تعود القيام بها ،ولقد قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم : « مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا ، واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا » .

ولقد جاء فى كتاب أحكام الصغار ما نصه : « اذا بلغ الصبى عشـر سنين يضرب لاجل الصلاة باليد ، لا بالخشب ، ولايجاوز الثلاث » ولقد قال النبىصلىالله تعالىعليه وسلم لمرداس المعلم : « اياك أن تضرب فوق ثلاث فانك اذا ضربت فوق الثلاث اقتص الله منك » (١) .

---

(١) كتاب أحكام الصـغار على هامش جامع الفصلين جـ ١ ص ١٠ .

ويستفاد من هذا الكلام امران :

اولهما ــ انه لا يكلف الصلاة الا اذا علم أحكامها ، والمطلوب فيها، وكأنه يجب ان يتعلمه وهو فى السابعة ، أو قبلها مادام قد يدرك معانيها ، ومثل ذلك سائر الفرائض الاسلامية ، فيعلّم أحكام الصوم ، ويعلم فرضية الزكاة والحج من غير ان يتعرض لتفصيلهما ، لأن ذلك فوق طاقته العقلية .

والأمر الثاني ــ ان الضرب للتعليم ، انما هو نوع من التوجيه ، وليس المقصود به الايذاء ، فان الايذاء فى ذاته ممقــوت ، ودفع الأذى مطلوب ، وصلاته فى هذا السن مستحبة مادام لم يبلغ ، ولا يطلب المستحب بالأذى الذى يجب دفعه ، ولذلك كان الضرب باليد ، لا بآلة تعذيب كالخشــبة ، ونحوها ، مما يخرج الضرب من حيز التعليم الى حيز التعذيب ، ولو أردنا أن نفهم قول الرسول صلى الله تعالى عليه وسلم بما يؤدى اليه ، لــكان معناهأن يكون الضرب غير مبرح ، أو يبقى أثرا ، وان يكون غير شائن ، حتى لا يربى الطفل على المهانة بعد ذلك . وليس التعليم مقصورا على العبادات، بل يجب أن يحفظ مقدارا من القرآن ، ليعلم اصــول دينــه ، ومقادير من الاحاديث ليدرك الحكمة المحمدية ومقام النبوة ، ويدرك الأحكام الشرعية على وجهمــا .

ولايقتصرالتعليم علىالعلوم الدينية ، بل يعلمه علوم الحياة ، ويوجهه بمقدار طاقته الى أقوم السبل لادراك المطالب والغايات ويعرف وســائل العمران ، ليتخصص فى ناحية من نواحيهــا من بعد ، ان كانت طاقتــه تسمح بذلك .

واذا كان للمعلم حق التــأديب بمنعه من أن يرتكب ما يضره أو يضر غيره ، بالموعظة الحسنة الرفيقة ، ثم باللوم الشديد ، ثم باستنكار افعاله بالاعراض عنه تأديبــا وتهذيبــا ، وليس هجرا أو خصاما ، ثم بالعقــاب البدنى ينزل به ، على أن يلاحظ فيه الا يكون تعذيبا ، بل يكون فى معنى التوجيه ، كما روينا من النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ، فان قول النبى عليه الصلاة والسلام هوالنظام الذىخول سلطة التأديب ، ورسمحدودها.

ولقد تكلم الفقهاء فى حالة التأديب الذى يفضى الى الموت ، أو الى فقد عضو من الاعضاء ، أو شج أو نحو ذلك مما يعد جريمة فى ذاته ، مع ملاحظة أن المؤدب سواء اكان الأب أو الولى على النفس أم كان غيرهما مع الاذن له بالتأديب قد جاوز الحد المرسوم الذى رسمه النبى صلى الله تعالى عليــه وســلم .

ولقد اختلفوا فى وجوب العقاب المالى بالدية او بارش الجريمة ، فقال بعض الفقهاء بوجوب الضمان على الولى دون المعلم ، ومعهم الامام الاعظم ابوحنيفة النعمان ، والراى الثانى راى طائفة من الفقهاء ، وهو انه لا ضمان لهذه الجناية ، ومع هؤلاء الصاحبان من تلاميذ أبى حنيفة .

وحجة ابى حنيفة فى ايجاب الضمان على الولى تقوم على أصلين :

اولهما — ان المقصود هو التاديب ، وهو مرسوم بحدود رسمها النبي صلى الله تعالى عليه وسلم ، فاذا تجاوزها فقد حول التاديب الى تعذيب واتلاف الجسم او جزء منه لا يدخل فى باب التاديب ، فالفعل وقع بامر غير جائز ، بل بامر ممنوع ، وكل امر ممنوع يوجب الضمان ، ولا يوجد ما يمنع الضمان ، فتحقق السبب ولم يوجد المانع .

ثانيهما — ان الاصل وهو التاديب لا يبرر ذلك لأن ذلك الاذن منصب على التأديب لا على الاتلاف ، فاذا تحول الفعل الى اتلاف لم يكن مأذونا فيه، اذ ان الذى افضى الى التلف هو التعذيب وليس التاديب ، وهما متضادان. ويقرر الكاسانى فى توضيح رأى ابى حنيفة من حيث انه اوجب الضمان على الولى دون المعلم ، فيقول " « ان راى أبى حنيفة عدم تضمين المعلم ، لانه ان لم يعف من الضمان قد يؤدى الأمر الى امتناعه عن التعليم » اى انه عند ابى حنيفة ، يوجد بالنسبة للمعلم المقتضى ، وقد تجاوز حد التاديب ، ولكن وجد المانع ، وهو هذه الضرورة العامة ، وهذه الضرورة لا توجد فى الولى على النفس ، فعليه التحرز ، وخصوصا ان الولد فى يديه أمانة لا رقيب عليه فيها الا الله تعالى فوجب الاحتراز فى التاديب حتى لا يؤدى الى التلف، فان ادى اليه اخذ به .

وحجة الفقهاء الآخرين فى عدم تضمين الاب او الجد او المعلم ، تقوم على اصلين ايضا :

اولهما — ان التأديب فعل مأذون فيه ممن له سلطانه ، بل هو واجب ، فاذا كان التلف لعضو من الأعضاء او لجزء من الجسم ، فقد جاء نتيجة فعل مأذون فيه لا يعد اعتداء ، وخصوصا ان الأولياء لهم من الشفقة ما يحول بينهم وبين قصد الاذى لمجرد الاذى ، وكذلك الشأن فى المعلم ، فان ذلك عمله وهو بمقتضى عمله الذى خصص له لا يفرض فيه الاعتداء ، فيكون فعله مأذونا فيه فلا ضمان .

الأصل الثانى ان التعليم والتاديب مطلوبان على جهة فرض العين بالنسبة للولى وعلى جهة فرض الكفاية بالنسبة لغيرهما ولو كان ثمة

عقلب ان ادى التاديب الى تلف جزء أو عضو أو نفس لامتنع هؤلاء عن القيام بواجبهم خشية الضمان ، ويقول الكاسانى : « ان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية ، وليس فى وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم ، فكان التضمين سدا لباب التعليم ، وبالناس حاجة اليه » .

ويسير ذلك الرأى على أساس ان العبرة فى العمل المبتدأ الذى افضى الى هذا الأذى ، أهو جائز أم ممنوع ، فان كان ممنوعا كان الضمان لا محالة، لحقيقة الاعتداء ، وان كان غير ممنوع فانه لا ضمان اذا كان يترتب الضرر غير المقصود ، ولأنه لا ضمان الا حيث الاعتداء ، ولأن التأديب فى ذاته مطلوب، فلا ضمان فى أمر مطلوب طلب تعيين أو طلب كفاية . ويقول الكاسانى فى تحقيق هذا الأصل ، « والأصل فى هذه الجناية انها اذا وردت على ما ليس بمضمون فالسراية لا تكون مضمونة ، لأن الضمان يجب بالفعل السابق ، والفعل السابق صادف محلا غير مضمون » (١) .

وننتهى من هذا الى أنه يتحرر الخلاف بين النظرين ، **ان النظر الاول يتجه الى النتيجة** ، فان ترتب على الفعل اذى لم يكن هذا المقصود من الطلب . وكان نتيجة تجاوز الحد ، وكان الضمان الا اذا ادى الضمان الى ما هو شر منه ضررا كحال المعلم .

والنظر الثانى نظر الى أصـــل الفعـــل أهو مطلوب أو ممنوع ، فلما افضى الى اذى لم يمنع ذلك أصل الطلب ، بل استمر أصل الطلب ، فاستمر على ما هو عليـــه .

راينا فى هـــذا الموضـــوع :

الحق عندنا فى هذا الموضوع هو أن نقف عند الحدود التى رســـمها النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ، وهى الا ينتقل التاديب الى أذى ، لأنه ان وصل الى ذلك ادى الى ايجاد ابتئاس نفسى عند الطفل الصغير ، وربما يبغض عنده التعليم ، وكثيرون من الصبيان تسوء حالهم النفسية من غلظة المعلمين ، والعلم قرين الرفق ، وهو والغلظة نقيضان لا يجتمعان ، ولذلك عند النظر فى الأذى الذى يترتب على فعل الولى على النفس أو المعلم ، ان كان من فعل غير غليظ ، كأن صده بغير عنف فوقع على جسم صلب لعـــدم توقعه الصدمة ، فشج رأسه أو كسرت ذراعه ، فاننا نوجب الا يـــكون ضمان ، وان كان الفعل فى ذاته غليظا ، فانه لا يكون مأذونا فيه ، فما يفضى

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٠٥ .

اليه لا اذن فيه قط ، ويعد جريمة خطأ يعاقب عليها عقوبة الخطأ ، فانه يجب تعزيره ، وغيرهما من الأولياء يضمنون اذا كان أصل الفعل غليظا لا رفق فيه قط ، فقد يكون الأذى مقصودا من هؤلاء .

وقد يكون من الواجب التسامح مع الأب والجد من الاولياء الا اذا كان من اعمالهم ما اقترن بما يدل على عنف خاص في معاملة ذلك الولد .

حفظ الصغير وصيانته

الانسان يولد ضعيفا ، كما قررنا من قبل ، وانه وهو في هذا الضعف يحتاج الى من يحميه من نفسه ، فيبعده عما يكون فيه ضرر يلحقه في جسمه أو في عضو من اعضائه ، وانه يجب على الحاضنة والولى على النفس أن يتعاونا في المحافظة على جسم الصغير ونفسه ، وابعاده عن كل ما يتلف جسمه ونفسه ، وقد جاء في كتب الفروع الفقهية ما يدل على تبعة الأمهات والآباء اذا اهملوا من دون سن التمييز حتى تردى فيما يهلكه . ولنضرب على ذلك بعض الأمثال :

(أ) اذا كانت الام هي الحاضنة أو غيرها ، فخرجت وتركت الصبى فوقع في النار ، فان الأم في هذه الحال تضمن الدية ، لتقصيرها في المحافظة على ولدها اذا لم يكن قد بلغ سن التمييز .

(ب) لو تركت ولدها عند امراة ، وطلبت اليها المحافظة عليه ، فوقع في النار فان على المرأة الدية ، لأنها اهملت الولد ، وقد تعهدت بالمحافظة عليه.

(ج) لو امر الولى أو غيره غلاما أن يصعد الى الشجرة ، فصعد فسقط فمات ، فان عليه الدية ، وان كان وليا يعزر مع ذلك لأنه أخل بواجب الولاية.

(د) لو امر الولى أو غيره أن يذهب بدابة ليسقيها ، فوقع في النهر أو النهير ، يكون من ارسله ضامنا للدية لأنه لم يحافظ على نفسه .

(هـ) اذا أعطى الولى الطفل غير المميز سكينا فقتل نفسه ، يضمن ، لأنه المتسبب ، وان كان مميزا لا يضمن ، لأنه بمقتضى التمييز مسئول عن تصرفه في حق نفسه (١) .

---

(١) هذه الفروع مأخوذة من جامع الفصولين جـ ٢ ص ١١٠ ، ومن احكام الصغار جزء أول ص ١٥٤ ، وما يليها .

والقول الجملى فى هذا الموضوع ان ولى الصغير لا يجوز له ان يهمله، بل عليه أن يرعاه ، ويحافظ على جسمه وعقله ونفسه ، فان أهمل فى شىء من ذلك نزعت يده عنه .

وان المحافظة على جسمه بعدم تعرضه للتهلكة ، وقد وجد فى ذلك الضمان الرادع ، وانه يسقط حقه فى الولاية لأن هذه الولاية للمصلحة ، فان ترتب عليها مضرة ، فان يده تنزع .

واما محافظته على عقله فتكون اولا بمنعه من أن يتناول ما يصيبه بآفة فى عقله ، وثانيا بأن يمكنه من التعلم الذى يليق بمثله ، لكى تظهر مواهبه ، ويتولى من الأعمال فى قابل حياته ما يتفق مع هذه المواهب .

واما محافظته على نفسه فبأن يبعده عن الشر وصحبه ، ويعوده العادات الفاضلة .

وفى الجملة يجب على الولى على النفس أن يجعل المولى عليه كقطعة من نفسه يرضى له ما يرضاه لنفسه ، واذا كان الولد يتيما لا اب له يجعله كأولاده ، ويضمه اليهم ويجعله كأحدهم من غير ان يرهق نفسه بتفرقة بينه وبينهم كما قال تعالى : «وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » .

وان الولى على النفس يجب عليه أن يحافظ على كل ما يتعلق بنفس الصغير ، فهو الذى يشرف على غذائه بعد مجاوزة سن الحضانة ، وانتقاله اليه ، وهو الذى يطالب الوصى المالى ان كان غيره بفرض نفقة لائقة به ، ويقاضيه فى ذلك ، وهو الأمين على ما يأخذه من مال فى سبيل تغذيته وتعليمه واصلاحه ، وايوائه وكسوته ، اذ هو الذى يقوم بذلك . واذا كان الوصى المالى من واجبه المحافظة على حقوقه المالية والدفاع عنها والمطالبة بها ، فالولى على النفس من واجبه المحافظة على النفس ، والمطالبة بحقوقه المتعلقة بها ، والدفاع أمام القضاء .

فاذا اعتدى على جسمه معتد ، فانه هو الذى يجر المعتدى الى دار القضاء ويطالب بالعقوبة المفروضة على أمثاله من المعتدين ، فاذا شجه انسان ، فهو الذى يطالب بأرش الجريمة ، واذا قطع انسان عضوا من أعضائه ، فانه هو الذى يطالب بالقصاص ، وهو الذى يتولى القصاص بأمر القضاء اذا حكم به ، وذلك بالنيابة عنه ، واذا قتل الصغير ، فان ولى الدم هو ولى النفس ، وليس ولى المال ، ولذا قال تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ، فلا يسرف فى القتل انه كان منصورا » .

المحافظة على المال ، لمن تكون ؟

وان الولى على النفس لا يتعدى اختصاصه الى المال اذا لم يكن هو الولى المالى ، ولم يكن وصيا على المال ، فانه عليه المحافظة على النفس ، وتقويتها جسما وعقلا وروحا ، والآخر عليه المحافظة على المال ، واتخاذ الوسائل المختلفة لتنميته ، واستغلاله بالطرق الشرعية ، واداء ما يجب عليه من زكوات وفرائض ، وخراج وعشر .

وعلى ذلك اذا كسب الصغير مالا بعمله أو بجناية عليه ، فان الولى على المال هو الذى يئول الى يده الامينة ما حكم به ، فاذا ارتكب معتد على الصغير ما يوجب دية ، فان الذى يتولى الدعوى وتقديم الاثبات الولى على النفس ، لان ذلك من قبيل المحافظة على النفس ، ومنع الاعتداء عليها ، ولكن يتولى قبض المال الوصى المالى ، كالشأن فى زواج القاصرة ، فان الذى يتولى زواج القاصرة هو الولى على النفس ، والذى يتولى قبض المهر هو الوصى المالى ، سواء أكان وصيا مختارا أم كان مقاما من قبل القاضى .

وفى الجملة ان الولى على النفس هو المسئول عن كل شىء يتعلق بنفس الصغير جسما وعقلا وروحا . والله ولى الصالحين .

منع الصغير من الاعتداء

هذا القسم الثالث من المحافظة بالنسبة للصغير وهو منع الصغير من الايذاء ، أو بعبارة أدق حماية الناس من اذاه ، وان ذلك بلا ريب يتبع تأديب الطفل وتهذيبه وتعويده منع الاعتداء على غيره ، وتلقينه الايمان بانه يجب ان يحب للناس ما يحب لنفسه ، وان يكره لهم ما يكره لها ، وانه يجب عليه تاديبه تأديبا رفيقا لكيلا يؤذى أحدا ، وان ذلك فوق انه تربية على الاخلاق الاجتماعية الفاضلة فيه حماية لأمواله من أن يحكم باجزاء منها فى تعويض من يعتدى عليهم ، فانه مسئول عما يرتكب من جرائم فى ماله ، وان كانت التبعات البدنية ملقاة عنه ، وهو ضعيف العقل والادراك ، ومن الرحمة به وبالمجتمع ان يصان من أن يرتكب أذى بالناس ، ولقد قال فى ذلك الشيخ عبد العزيز النجارى فى حاشيته على أن أصول فخر الاسلام البزدوى .

« ان الصبا من أسباب المرحمة طبعا ، فان كل طبع سليم يميل الى الرحمة بالصغار ، وشرعا لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم » من

لم يرحم صغيرا ، ولم يوقر كبيرا ، فليس منا » فجعل الصغر سببا للعفو عن كل عهدة تتحمل العفو ، أى جعله سببا لاسقاط كل تبعة وضمان يحتمل السقوط عن البالغ بوجه ... واحترز عن حقوق العباد ، فانها حقوق محترمة تجب لصالح المستحق لها ، وتعلق حقه بها فلا يمنع وجوبها بسبب الصبا ، كما لا يمنع وجوبها فى حق البالغ بعذر ، ويكون الصبا سببا للعفو عن كل عهدة تحتمل العفو ، فلا يحرم الصبى من الميراث بسبب القتل (أى عند الحنفية والجمهور) حتى إنه لو قتل مورثه عمدا أو خطأ يستحق ميراثه ، لأن موجب القتل يحتمل السقوط بالعفو ، وبأعذار كثيرة ، فيسقط بعذر الصبا ، ويجعل كأن المورث مات حتف أنفه ، ولأن الحرمان يثبت بطريق العقوبة ، وعمل الصبى لا يصلح سببا للعقوبة لقصور معنى الجناية فى فعله ، بخلاف الدية ، فانها تجب لعصمة المحل ، وهو أهل لوجوبها عليه ، اذ الصبا لا ينفى عصمة المحل » (١) .

وبذلك يتبين أمران :

أولهما — ان الجرائم التى عقوبتها بدنية لا تجب عليه ، لأن منشأها مجرد التبعة الدينية ، وهو غير مكلف دينا ، ولكن العقوبات المالية تجب فى ماله ، وجرائم القصاص لا تستوجب قصاصا بالنسبة له ، ولكنها تستوجب الدية فى ماله ان كان ذا مال فى بعض الاحوال ، والا فانها تكون على عاقلته ، وقد جاء فى جامع الفصولين ما نصه : « اذا رمى صبى سهما فأصاب عين امرأة غرم الصبى لا ابوه ، ولو كان لا مال له فنظرة الى ميسرة ، وقال انما وجب فى ماله ، اذ لا يرى للعجم عاقلة » وقد علق صاحب حاشية جامع الفصولين بقوله :

« أقول اختلف المتأخرون فى العجم فأفتى الفقيه أبو الليث والامام ظهير الدين أنه لا عاقلة لهم ، وأفتى البعض أن لهم عاقلة ، والحق أن التناصر فيهم بالحرف ، فلهم عاقلة » .

وبهذا ننتهى الى أن الصغير تعقل عنه عاقلته اذا جنى ، ان كان من العرب فظاهر ، وان كان من الاعاجم ، فممن يتناصر بهم ، والتناصر بالعاقلة موجود عند الاعاجم ، ولا معنى للقصر على العرب .

الأمر الثانى : الذى يتبين من النص الذى سقناه عن الشيخ النجارى هو أن الولى لا تبعة عليه فى جناية الصغير ، فنظام أخذ المتبوع بالتابع

---

(١) حاشية أصول فخر الاسلام البزدوى جـ ٤ ص ١٣٦٢ .

ليست له الصورة الواضحة فى الفقه الاسلامى ، كما هى فى الفقه الوضعى . ولا تبعة على الولى الا اذا كان قد حرض الصغير على الجريمة ، وفعلها استجابة لرغبته وارضاء له ، فان التبعة تكون بسبب هذا الاغراء وذلك التحريض .

وان بعض الآراء فى الفقه الاسلامى تتسع لتحصيل المتبوع آثام التابع اذا كان غير مسئول ، وتتلاقى آراء هؤلاء الفقهاء مع الفقه الوضعى فى الجملة .

ومهما يكن فان ثمة ضررا واقعا على الصغير من الجرائم التى تقع منه ؛ والاحتراز منها واجب ، وعبء ذلك يكون على الولى على النفس، فانه الذى يصون نفس الصغير عن أن تقع فى هذه المآخذ .

تعزير الصغير

ان الولى على النفس يتولى تهذيب الصغير ، وتعليمه ، ويؤدبه فى سبيل التهذيب والتعليم ، حتى يتوقى وقوع الجرائم التى توجب عليه عقوبات مالية تقع فى ماله ، فقد قرر الفقهاء أن العقوبات البدنية فى الحدود والقصاص لا تقع عليه ، كعقوبة ، ولكن تجب مغارم مالية كما ذكرنا ، وقد قالوا انه لو سرق لايقام عليه الحد ، ولكن يدفع قيمة المسروق ان كان قد اتلفه ، وامتنع ارجاعه ، واذا كانت قيمة المسروق تزيد على عشر الدية فان العاقلة تشاركه ، وان كانت فى حدود عشر فانها تجب فى ماله ، فاذا سرق قطعة من الذهب واتلفها بأن اضاعها ، فان كانت قيمتها فوق مائة مثقال ، فان القيمة تكون على العاقلة ، وان كانت قيمتها دون المائة أو فى حدودها ، فان القيمة كلها تؤخذ من ماله .

وان شرب لا عقاب عليه ، ولكن يكون عليه التاديب من الولى على نفسه ، أو من القاضى . وان اشترك مع آخرين فى قطع الطريق كان الحكم كما لو سرق ، ويسلم للولى على النفس لتأديبه ، وقد يتولى القاضى تعزيره .

ثبوت التعزير ومداه وحدوده :

وبهذا يتبين أن الصغير اذا تفاقم شره ، واتخذ الولى على النفس كل ذرائع التأديب ، أو كان الولى هينا لينا فى ذاته ، فان القاضى يتولى تعزيره . وقد نص الفقهاء على أن ذلك يكون من قبيل التأديب ، لا من

قبيل العقاب ، أو هو بالاحرى معـــاونة للولى على النفس على ما هو واجب عليه ، وقد جاء فى البدائع للـكاسـانى ما نصـــه :

« واما شروط وجوب التعزير فالعقل فقط ، فيعزر كل عاقل ارتكب جناية « ليس لها مقدور ، سواء كان حرا أم عبدا ، ذكرا كان أو انثى ، مسلما او كافرا ، بالغا او صبيا بعد أن يكون عاقلا فان هؤلاء من أهـــل العقوبة الا الصبى العاقل ، فانه يعزر تأديبا لا عقوبة » .

ويستفاد من هـــذا النص ثلاثة امور :

اولها ـــ أن التعزير يثبت عليـــه ، وذلك بلا ريب فيما اذا ارتكب جرائم تخل بالآداب ، وتجعله أن استمر عليها يستمرىء الشر ، ويندفع فيه كأن يسرق أو يشرب الخمر ، أو يقذف الرجال والنسـاء او نحو ذلك من الآثام التى لو نشأ عليها ، وترعرع فيها كان من المفسدين فى الارض اذا كبر .

الأمر الثانى ـــ ان ذلك التأديب الذى يتولاه القضاء انما يكون اذا كان الصبى لقد بلغ سن التمييز ، وكان مميزا بالفعل ، لان ما دون سن التمييز يكتفى فيه بتأديب الولى الرفيق ، ولا ينتقل الى تاديب القـــاضى الذى لا يخلو من عنف ، ولان الاساس هو اعتبار الفعل جريمة فى خفـــة توجب التاديب الذى يشبه العقاب ، ولا يـــكون ذلك الا اذا كان مدركا لوصف ما يفعل ، ولا يعد الصبى غير المميز مدركا لوصف ما يفعل .

الأمـــر الثالث ـــ ان التعزير يكون على وجـــه التأديب لا على وجـــه العقاب ، لان الامر اذا اخذ وصف العقاب كان يجب ان يكون مناسبا لمـــا يقع منه ، والتأديب يكون مناسبا لسنه ، ولمـــا يقوم اعوجاجه ، فليس المقصود القصاص بل المقصود التوجيه نحو الخير ، والابتعاد عن الشر ، وذلك يتبع حال الصبى ، وتأثر نفسه بالجريمة والاثم .

تاديب الصغار فى القوانين المصرية :

[illegible]

ان القوانين القائمة اخذت بتأديب الصغار اذا انحرفوا ، ولم يقم الولى على النفس بحق التأديب الواجب عليه ، بل قصر فى ذلك اهمالا او رفقا ، او لم يكن للصغير ولى على النفس ، او كان غائبا .

وقد اتجه القانون المصري الى ذلك بشأن الصغار ، وذلك منذ سنة ١٩٠٨ ، فقد اتجه الى انشاء قانون للتشرد ، وقد عدلت أحكامه بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩ ، وكان اتجاهه الى حماية الأحداث ، وحياطتهم من كثير من الشرور الاجتماعية التى يتعرض لها الأحداث (١) .

قانون العقوبات والشريعة :

وان ذلك القانون هو فى الواقع أخذ يحل محل الولى على النفس، لأنه لا يتدخل الا حيث يفقد الولى على النفس ما يجب عليه من رعاية وتهذيب وتوجيه للصغير ، اذ أنه اذا كان الولى على النفس قائما بواجبه على الوجه الكامل ما اتجهت الدولة الى انتزاعه من يده ، وما وقع فى التشرد .

وانه لهذا لم يتقيد بحد أدنى ، وهو سن التمييز ، بل لا فرق بينه وبين ما دونه،وذلك وضع مقصود،حتى لا يتقيد تطبيق القانون ببلوغ سبع سنين ، كما هو الشأن فى الاحكام الشرعية ، وكما هو الشأن فى ادراك معاني الآثام ، ووصف الافعال بالاجرام ، لان المجال ليس مجال عقاب ولو بطريق التعزير بل مجال قانون التشرد المنصوص على احواله فى قانونه هو تدبير الوقاية من تردى الاحداث فى الطريق الذى ابتدءوا يسلكونه غير عالمين بمغبته « ولا تعد التدابير المقررة به عقوبات وانما هى طرق تهذيبيه للحدث لا تتصل بالمسئولية الجنائية بأى صلة » (٢) .

فالمقصود من قانون التشرد هو المقصود من التعزير فى الشريعة ، وهو التأديب ، وليس العقاب ، ولكنه يخالف الشريعة فى انه يطبق على على الاحداث لا فرق بين سن وسن ، ما دام التشرد قد ثبت ، لانه ليس قانونا للعقاب ، ولكنه لحلول الاصلاحيات محل الاولياء ، اذ ان حال التشرد لا تثبت الا اذا فقد رعاية الاسرة ، او بعبارة أخص رعاية الولى على النفس الذى اقيم لتجنيبه الزلل وتوجيهه وارشاده ، وحينئذ لا فرق بين مميز وغير مميز .

ومع أن قانون التشرد فى كل أدواره اعتبر قانونا تهذيبيا اصلاحيا وجد بجواره قانون العقوبات العام ، وقد سار بالنسبة للصغار مسار الشريعة فى الجملة من حيث اعتبار سن التمييز حدا بين وصف الفعل بالجريمة وعدم قدرته على ادراك ذلك الوصف ، فاعتبرت افعال بعض

---

(١) الأحكام العامة فى قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى ص ٥٠٨ .

(٢) الاحكام العامة فى قانون العقوبات ص ٥٠٩ .

الصغار جريمة ، وان لم يكونوا مشردين ، ولم يبلغوا سن الخامسة عشرة ، وبينا قانون التشرد اتجه الى الاصلاح ، كان القانون العام متجهـــا الى العقـــاب .

تطور الاحكام بتطور القوانين :

وقد تطورت الاحكام فى ذلك بتطور القوانين ، والدور الاول هو فى القانون الصادر فى سنة ١٨٨٣ ، وقد جعل للانسان ثلاث مراحل :

المرحلة الاولى ــ تبدأ من الميلاد الى ما دون السابعة ، ولا يسأل الصغير جنائيا فى هذه الفترة ، كما قضت المادة ٩٤ .

والمرحلة الثانية ــ من السابعة الى الخامسة عشرة ، وفيها تختلف حال التمييز عن حال عدمه ، فانه اذا ثبت للقاضى ان الصغير قد فعل ما فعل بغير تمييز ، فانه لا يحكم بعقوبة ما ، لانه لا يعرف وصف الافعال ، بل يحكم بتسليمه لاهله واذا لم يكن فى أهله من هو أهل للولاية عليه يسلم لمن يتكفل برعايته من أهل الشرف والاعتبار .

اما اذا ثبت أنه فعل الفعل بتمييز ، فانه توقع عليه العقوبة التأديبية مع تخفيفها وجوبا فى الجنايات الى عقوبة الحبس على اختلاف قدرها تبعا للعقوبة المقررة فى القانون للجريمة التى وقعت ، وفى الجنح الى قدر دون ما يحكم به على من يكون بالغا .

والمرحلة الثالثة ــ هى مرحلة الرشد الكامل ، وتبدأ ببلوغ الخامسة عشرة ، فيسأل الجانى عن كل ما يرتكب مسئولية كاملة . وفى الحقيقة ان هذه السن لا تكون فى ضمن سن الصغار فى الشريعة .

القانون الاخير :

واستمرت هذه الاحكام معمولا بها الى سنة ١٩٣٧ ، ولكن حدثت من بعد ذلك تطورات كان آخرها القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ .

ويلاحظ أن القانون الصادر سنة ١٨٨٣ كان يضع أحكام الصغار فى ضمن اطار القانون العام ، من غير ملاحظة خاصة الا فى مقدار قـــوة احتمالهم للتبعة . وقوة ادراكهم لوصف الفعل بالاجرام أو عدم ادراكهم لذلك الوصف ، وفى القانون الصادر سنة ١٩٥٠ ، قد واءم ذلك القانون

بين قانون التشرد الصادر سنة ١٩٤٩ وأحكامه لتلاقى القوانين التى تعالج حالة واحدة فى مسبب واحد .

ولذلك جاء القانون الاخير متضمنا انشاء محاكم خاصة بالاحداث ، وميزها بأحكام خاصة بالاجراءات ، وصارت لهم أحكام خاصة بهم ، ولا تطبق عليهم الاحكام التى تتعلق بالكبار من كل الوجوه .

وقد وضع القانون الاخير الاحداث فى اربع مراحل :

المرحلة الاولى — من الميلاد الى السابعة ، وهذه المرحلة لا مسئولية فيها قط : لان أساس المسؤولية العقل ولم يتكون بعد .

المرحلة الثانية — من السابعة الى الثانية عشرة ، وهى سن المراهقة ، وفيها يتكون تمييز ، وفى هذه الحال يكون الحكم كالشريعة ، فما يفرض من عقوبة يكون للتهذيب والتاديب ، فهى ليست جزاء على عمل وقع ، ولكن تهذيبا لكيلا يقع منه قابلا .

المرحلة الثالثة — من الثانية عشرة الى الخامسة عشرة وفى هذه المرحلة يعاقب الصغير ، ولكن تكون عقوبته دون عقوبة البالغ العاقل ، اذ انه مفروض انه لا يعاقب حتى يبلغ بالسن ، ولذلك يجوز للقاضى أن يستبدل بالعقوبة وسائل اخرى تقويمية ، وهو بهذا يلحقه جوازا بمن كان قبل الثانية عشرة .

المرحلة الرابعة — وهى التى تكون بعد الخامسة عشرة الى السابعة عشرة . وهذه المرحلة تكون المسؤولية كاملة ولكن لا يحكم عليه بالاشغال الشاقة المؤقتة أو المؤبدة أو الاعدام .

وان القانون فى هذه الحال يتجاذبه نظران بالنسبة للشريعة :

النظر الاول — هو انه اعتبر سن البلوغ بالنسبة لتحمل التبعة تحملا كاملا يكون بعد السابعة عشرة ، وهو قريب من نظر أبى حنيفة بالنسبة للبلوغ بالسن . فان البلوغ بالسن عند أبى حنيفة مقدر بسبع عشرة سنة للصغيرة ، وبثمانى عشرة سنة للصغير .

الأطر الثاني — أنه اعتبر ثمة مسؤولية من وقت المراهقة ، وإن كانت تجوز ان تكون تأديبية ويجوز تحمل التبعة جزئيا بعد الخامسة عشرة ، وبذلك أخذ برأى جمهور الفقهاء فى البلوغ .

فالقانون قد مزج بين آراء الفقهاء فى البلوغ الطبيعى عند المراهقة ، وفى البلوغ بالسن بخمس عشرة سنة ، وبرأى الامام أبى حنيفة .

هذه خلاصة موجزة أشد الايجاز لنظر القانون الى الصغار وتحملهم للتبعات وهى لا تبعد عن الشريعة فى الجملة . والله سبحانه وتعالى هو الهــــادى .

ب ـ الجنـــــون

هذا هو السبب الثانى من اسباب ثبوت الولاية على النفس ، وهو الجنون ، ويدخل فيه العته على راى كثيرين من الفقهاء ، وانهم جميعا قد اتفقوا على أن كليهما يوجب الحجر ، ويحتاج الى ولى على النفس يرعاه ، ويعاونه ، والى ولى على المال يدير له امواله ، ويدبر امره ، وكلاهما مرض يقوم ببعض الاشخاص ، ويظهر فى التصرفات والاقوال والافعال .

حقيقة الجنون :

وموضع اختلاف الفقهاء هو فى حقيقتهما ، فبعض الفقهاء يعتبر العته قسيما للجنون ويقرر أن الجنون يصحبه هياج واضطراب بينما العتـــه يصحبه عادة خمول أو هدوء ، وقد يكون معه تمييز ، وقد يكون غير مميز ، أما الجنون فانه لا يكون صاحبه مميزا الا فى لمحات عقلية عارضة غير ثابته، ولذلك لا يعطى حكم المميز ابدا عند تمييزه ما دام مريضا .

وبعض العلماء يعتبر العته حالا من احوال الجنون ، فان المجنون قد يستفيق فى بعض الاوقات ، وان كان جنونه مطبقـــا من حيث الحكـــم والاستمرار ، اذ أن الجنون اذا استمر شهرا يعد مطبقا ! ويستمر الشخص يأخذ حكم المجنون ، ولو استفاق فى بعض أوقاته حتى يتم شفاؤه ، وفى حال استفاقته الوقتية العارضة يكون معتوها ــ وانه على الرأى الاول الذى يفرق بينهما يكون المجنون فى حال تمييزه قبل أن يشفى فى حكم المعتوه غير المميز .

ومن احسن ما قرأت فى بيان حقيقة العته والجنون ما كتبه الشيخ عبد العزيز النجارى فى حاشيته على اصول فخر الاسلام البزدوى . فقد قال ما نصه : « والعقل حقيقة يمكن الاستدلال بها من الشاهد على الغائب، والاطلاع على عواقب الامور ، والتمييز بين الخير والشر ومحله الدماغ . . . وفقده الموجب لانعدام آثاره ، وتعطيل افعاله الباعثة للانسان على افعال مضادة لتلك الافعال من غير ضعف فى عامة أطرافه ، ومن غير فتور فى سائر اعضائه ، يسمى جنونا » .

ومن هذا التعريف يتبين انه يجعل العته شعبة من شعب الجنون ، وليس قسيما له ، لان كليهما لا يكون معه تمييز بين الخير والشر ، ولا يكون به معرفة الغائب من الشاهد ، ولا التدبر لنتائج الامور فى المستقبل بما يراه من نتائج أمثالها الواقعة فيقيس ما ينتظر من نتائج الاعمال فى المستقبل ، ويعتبر بما هو حاضر شاهد ، فيعرف أن من يقتل يقتل وأن من يغتصب مال الغير يعاقب ، وأن من يعتدى على الناس يحبس ، ولانه يرى العقوبات تنزل بأولئك الذين يفعلون ذلك فيعتبر ، ويحكم على افعاله بمثل ما نالهم من عقوبات .

والشيخ النجارى يقسم الجنون الى ثلاثة اقسام (باعتبار سببه) :

القسم الاول — جنون جاء مع الخلق والتكوين أى ان الطفل يولد ناقص الادراك ويستمر عليه ، كما يولد أشل فى بعض الاعضاء ، ويقول فى هذا القسم : « انه نقصان جبل عليه دماغه ، وطبع عليه فى أصل الخلقة ، فلا يصلح لقبول ما أعد له ، وهذا النوع لا يرجى زواله ، ولا منفعة فى الاشتغال بعلاجه » فالحجر فيه دائم مستمر . وان الاطباء بتجاربهم وعلومهم يؤيدون ذلك الكلام .

القسم الثانى — الجنون الذى يكون سببه زوال الاعتدال الحاصل للدماغ بأن يعرض للعقل ذاته ما يجعله فى اضطراب ولا يكون معه الاعتدال الذى يكون به الاتزان فى الحكم على الاشياء وتقديرها ، ويقول فى هذا القسم : « انه عارض أوجب زوال الاعتدال الحاصل للدماغ خلقة ، وهذا النوع مما يعالج بما خلق الله تعالى من الادوية ، وفى النوعين تيقن بزوال العقل لفساد اصله ، أو عارض فى محله كما تيقن بزوال القوة الباصرة عن العين العمياء لفساد فيها بأصل الخلقة ، أو لعارض امر اصابها » .

والقسم الثالث — هو ما عبر عنه الشيخ النجارى بقوله : « انه استيلاء الشيطان عليه ، فيخيله الخيالات الفاسدة ، ويفزعه فى جميع أوقاته ، فيطير قلبه ، ولا يجتمع ذهنه مع سلامة محل العقل خلقة ، وبقائه على الاعتدال ، ويسمى هذا ممسوسا ، لخبط الشيطان اياه ، وموسوسا لالقائه الوسوسة فى قلبه (١) » .

---

(١) راجع هذا التحقيق فى حاشية فجر الاسلام القسم الرابع من ٢٣٨٣ ، ٢٣٨٤ هـ

ولنا على هذا الكلام ملاحظتان :

الاولى — ان القسمين الاخيرين متلاقيان فى المؤدى والمعنى اللهم الا ان يقال ان الامر العارض الذى أوجب خللا فى الثانى اصاب ذات الدماغ وكيانه . أما الآخر ، فان كيان الدماغ فيه سليم ، والعارض من الخارج اوجد خللا فى التفكير ، ولم يوجد خللا فى مركزه .

الثانية — ان هذا القسم الاخير موضع غرابة عند الماديين الذين يكادون ينكرون الروح ، والجن ، وكل ما وراء المادة ، سواء أكانت طيبة أم كانت شريرة ، وقد خضع الناس او بعضهم زمنا طويلا لاقوال هؤلاء الماديين وانكروا ان يكون تسلطا من الارواح على الاجسام البشرية ، ولكن أفكارا حديثة ظهرت فى أوساط الغرب ، وبين الماديين انفسهم ، وهذه الافكار تثبت الارواح ، وتثبت أن ثمة أرواحا شريرة ، وارواحا طيبة ، وان بعض الارواح قد يمس الشخص ، فيكون العلاج روحانيا ، بازالة هذا المس ، وان علاج هذا بما يشبه التعاويذ والرقى ، وقد قرر النجارى فى بحثه ان ذلك هو العلاج .

وان النجارى يقرر ان الشخص الذى به مس سليم العقل ، لان الجوهر سليم ، ولكن الاضطراب بسبب المس فى احوال دون أحوال ، وكثير من هؤلاء ينالون درجات علمية ، وهم بهذه الاحوال مما يدل على أن جوهر التفكير سليم ولكن آفة اصابت المشاعر ، فأوجدت ذلك الاضطراب .

تعدد الآفات العقلية :

فى الواقع أن الآفات العقلية متعددة ، وكل واحدة لها اثر فى التفكير وتقرير الامور ، فمنها ما لا يجاوز اثره وان يجعل الشخص يغضب ، ويكثر غضبه ، واذا غضب يكون فى هياج شديد قد يفقد فيه الوعى والتقدير ثم لا يلبث أن يهدأ ، ويعود الى سيرته الاولى ، ولكنه يكون على استعداد لان يستفز بغير ما يوجب الغضب . ولا يعد هذا جنونا ، وان كان قريبا منه .

وقد تكون هذه الحال من مرض جسمى اثر فى بعض الاعصاب ، كبعض الحميات ، وقد يكون نتيجة وراثة ، كما يكون نتيجة لعارض من عوارض الحياة لخيانة زوجية ، أو فساد اولاد ، او اضطراب حياتهم ، او نحو ذلك من شؤون الحياة . وان هذا واشباهه لا يمكن أن يجعل الشخص فى صفوف قاصرى الاهلية باسقاط المسؤولية عنهم ، أو فرض

قوامة على رعايتهم وحياطتهم ، لان هؤلاء يستطيعون أن يحافظوا على أنفسهم ويصونوها ، ولا تخفف عنهم تبعات الاعمال التى يرتكبونها ، حتى لا يسترسلوا فيها ، وهم يستطيعون ان يضبطوا ارادتهم ، وتحميلهم تبعات أعمالهم يعينهم على سيطرة الارادة على نفوسهم .

الجنون المطبق وغير المطبق :

اذا تتبعنا أحوال الناس نجد الاعراض التى تصيب بعضهم ، فتفقدهم التقدير الكامل فيكونون أصنافا تتدرج : أدناها الغضب الشديد الذى تضعف معه الارادة المسيطرة على النفس ، ويعلو عن هذه الحال حال العقد النفسية عند بعض الناس التى تجعلهم ينظرون الى غيرهم نظرات سوداوية ماقتة ، ثم تعلو حال بعض الناس ، حتى يفقدوا القوة العقلية ، أو ستر العقل ، ومنع التفكير السليم فى عامة الاحوال ، فاذا وصل الشخص الى هذه الحال ، فانه يعد مجنونا أو معتوها ، ويكون فى حاجة الى رعاية غيره ، وتسقط عنه تبعات الاعمال التى لا يكون فيها اعتداء على حقوق العباد على ما فصلنا فى الصغير ، وعلى ما نشير اليه قريبا فى المجنون الكبير .

وان الشخص الذى يصل الى هذه الحال من فقد الادراك أو التقدير، قد يكون جنونه مطبقا وقد يكون جنونه غير مطبق ، فاذا استمر جنونه شهرا فاكثر ، فانه يكون جنونه مطبقا ، واذا استمر اقل من شهر ، فانه يكون غير مطبق .

وهناك أقوال أخرى فى التفرقة بين الجنون المطبق ، وغير المطبق ، فقيل المطبق ، ما يمكث سنة ، اذ بوجوده تسقط الفرائض الشرعية كلها فى مدار العام ، وقيل ستة أشهر ، ولا شك أن خيرها هو الشهر ، وهو المعمول به فى أكثر البلاد العربية ، وهو الذى نختاره .

وان الجنون بكل أنواعه يبطل التصرفات ، ويسقط التبعات فى وقت قيامه ، ولكن المطبق هو الذى يوجب قيام الولى على النفس .

عمل الولى على النفس

عمل الولى على النفس بالنسبة للمجنون هو كعمله بالنسبة للصغير ، اذ ان كليهما واجه الحياة ، بغير سلاح من العقل الذى يدبر

الامور ، ويجعل صاحبه قادرا على الدفاع عن نفسه ، والمحافظة على ذاته ، وطلب ما يحتاج اليه من غذاء وكساء ومأوى ، وعلاج ودواء .

فالولى على النفس لايتركه فى الطرقات بحيث يتعرض الناس لأذاه ، ويتعرض هو لأذى الناس ، ويكون مظهره معلنا فقد كرامته .

ليس للولى التأديب :

فى الجملة ، ما يجب على الولى بالنسبة للصغير هو الذى يجب عليه بالنسبة للمجنون ، الا التأديب ، فان التأديب بالنسبة له يكون تعذيبا لاجدوى منه ، وانه ليكون من القسوة أن يضربه الولى لانه ايذاء لاجدوى فيه ، ولذلك رأينا الفقهاء باجماع الآراء يمنعون تعزيره ، ولو على وجه التأديب ، لأنه ليس أهلا للعقاب ولا رجاء فى تأديبه ، ويقرر الكاسانى ــ الذى نقلنا عنه أنه يجيز تعزير الصبى المميز ــ بالنسبة للمجنون أنه لا يجوز تعزيره ، لان من لا عقل له لا يستحق العقاب ، والمجنون ليس عنده تمييز يجدى معه التأديب ، وان كان له نوع من التمييز ، فان التأديب لا يجدى ، اذ كبرت سنه عن دور التأديب ، فيتعين التعزير تعذيبا وهذا لا يجوز .

وان تعزيره لا يتفق مع الانسانية ، وكيف يسوغ ضرب شيخ هرم ويرجى بضربه تأديبه . ان ذلك لا تسوغه الرحمة ولا الذوق السليم ، وهو مريض يعالج بالرفق ، ولا يعالج بالعنف ، والله سبحانه وتعالى ولى التوفيق .

المطالبة بعقوبة المعتدى :

لما كانت المحافظة على نفس المجنون واجبة ، فان الولى يطالب بعقوبة كل من ينزلون به أذى ، فهو الذى يطالب بالقصاص والعقوبات المفروضة على من يعتدى عليه ، وهو الذى يطالب بدمه ان قتله أحد ، وفى الجملة كل واجب بالنسبة للصغير هو واجب بالنسبة للمجنون والمعتوه .

وان المحافظة على الغير من أذاهما اصعب الأمور بالنسبة للولى ، وان ذلك لمن اصعب الواجبات اذا كان المجنون يصحبه اضطراب وهياج ، وان أسلم الطرق أن يقوم الولى بأحد أمرين : اما حجزه فى مكان يأوى اليه غير مضيق عليه ، وتهيأ وسائل الرياضة المختلفة له ، أو يكون المكان الذى يحجزه فيه فسيحا لا يشعر معه بضيق حتى لا يعد حبيسا ، بحيث

يستطيع أن يتريض ، ويزاول ما يسليه ، وما لا يقطعه عن الحياة — واما ان يوضع فى احدى المصاح التى تكرم مثواه الاكرام المناسب لمن هو فى مثل حاله .

عقوبات المجنون :

هنا يجب أن نتكلم فى أمرين : وهما العقوبات من حيث وجوبها فى نفسه أو ماله ، والثانى أن نتكلم فى مسؤولية الولى على النفس بالنسبة لما يقع من المجنون ، سواء أكان يمكن الولى ان يحترز به عما أوقع ، أم كان لا يمكنه ، ووقع مع الاحتياط الكامل .

١ — وجوب العقوبات فى نفسه أو ماله :

بالنسبة لهذا الأمر الاول — نقول ان الحدود الشرعية لا تقام على المجنون ، لأنه غير مكلف ، اذ التكليف يقوم على العقل وهو ليس بعاقل ، ولا تكليف الا لقادر ، وهو عاجز .

فاذا زنى أو شرب أو سرق أو اشترك فى قطع الطريق ، لا يقام عليه الحد ، واذا كان المسروق قائما بذاته رد الى صاحبه ، وان كان قد استهلكه أو هلك فانه يضمن من ماله اذا لم يتجاوز عشر الدية ، فان تجاوزها ، فان التعويض يكون على عاقلته على ما بينا فى الصغير .

هذا ما يتعلق بالحدود ، أما ما يتعلق بالجنايات التى توجب قصاصا أو دية ، أو عقوبة لأجل الاشخاص بصورة عامة ، فانها تؤدى من ماله ، أو مال عاقلته ، وذلك لأن حقوق العباد لا تقبل السقوط بالاعذار .

ولقد قرر الفقهاء أن عمل المجنون هو من قبيل الخطأ اذ هو جار مجرى الخطأ ، والخطأ تجب فيه الدية ولا يجب فيه القصاص . وقد اختلف الفقهاء أتجب الدية فى ماله أم تجب على العاقلة ؟ قال الجمهور تجب على العاقلة ، وقال الشافعى فى أحد قوليه ، تجب فى ماله ، وقد قال ذلك ابن قدامة فى المغنى :

« عمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعى فى أحد قوليه لا تحمله ؛ لأنه عمد يجوز تأديبها عليه فأشبه العقل من البالغ، ولنا انه لايوجب القصاص لأجل العذر فأشبه الخطأ » (١) .

---

(١) المغنى جـ ٧ ص ٧٧٦ طبعة المنار الثانية .

ويلاحظ على هـــذا الــكلام امران :

احدهما ــ ان الشافعى فى احد قوليه لاحظ الناحية المادية ، وهو وجود قصد فعلى ، وان كان غير معتبر ، وان التأديب يمكن اعتباره ، فى ماله لا فى بدنه ، وان هذا التأديب يكون الدية تكون فى ماله ، ولعله قاس ذلك على حال اتلاف المال ، فانه يجب فى ماله ، اذ ان العاقلة تتحمــل الجنايات على الأبدان ، والمجنون لا يمكن أن يعد عمله من قبيل الجناية ، ولو التى تكون على سبيل الخطأ ، ولأن الخطأ انما يعاقب صاحبه لأجل عدم الاحتراز ، وهذا يقتضى العقل الذى يفكر ويقدر ، وهذا لا يتصوره المجنون ، فلم يبق الا أن ينظر الى عمله على أنه اتلاف ، ويستوى فى الحكم اتلاف المال واتلاف النفس اذا ادى الى وجوب المـــال .

ان ثمرة الخلاف تظهر كما رايت فى وجوب المال على العاقلة ، أو وجوبه على شخصه باعتبار أن اتلافه يكون فى ماله ، ولـــكن يظهر ان ابا حنيفة يوجب عليه العقوبات المالية فيما يتعلق بجرائم القصاص ونحوها اذا تجاوزت عشر الدية ، أما ان كانت فى دائرة العشر فانها تجب فى ماله ، وذلك لما نقلناه من كتاب احكام الصغار من أن العاقلة لا تعاون المرتـــكب فى المال الذى يجب عليه اذا كان لا يتجاوز عشر الدية كقاعـــدة عامة ، فتطبق هنـــا ، كما طبقت هنـــاك .

اتلاف المـــال : ان اتلاف المجنون كاتلاف الصبى يجب فى ماله ، ولا تجب على العـــاقلة ؛ والفرق بينهما وبين الجرائم التى تقع على الأبدان منه أن المال فىجرائم الأبدان لايثبت ابتداء ، بل يثبت تبعا للعقوبة الاصلية عند تحقق شروطها اى انه يجب بدلا عنها ، فالعاقلة تشترك فى النتائج، لما بينها من تعاون فى جلب الخير ودفع الفساد ، واما اتلاف المـــال فانه يجب فى ماله ابتـــداء .

ذلك ان جرائم الأبدان يجب فيها القصاص ابتداء ، لأنه هو الاصل، ولـــكن تعذر القصاص لعدم توافر القصد الصحيح ، فوجب العقـــاب بالمال ، وهو قد وجب بدلا من غيره ، وهذه البدلية تثبت مقترنة بتخلف العقل ، فتكون كالخطأ ، تجب على العاقلة عند الجمهور. اما اتلاف المال فان السبب فى ثبوته ان المجنون له ذمة تتحمل الواجبات المـــالية بتسليم عوض ما اتلف ، فيجب ابتداء فى ذمته ، وهى تتحمـــل الديون فتتحمـــل بدل الاتلاف .

٢ — مسؤولية الولى بالنسبة لما يقع من المجنون :

هذه أحكام الشريعة فى ضمان ما يتلفه المجنون من أموال ، قد بينا أن ذلك هو حكم الصغير والنتائج فى الغرامات المالية التى تقع بالنسبة لاعتدائهما على الأنفس والأبدان .

ومنها يتبين أنه لا تبعة على الولى الا بمقدار تقصيره فى المحافظة ، بحيث يكون فى استطاعته منعه ولم يمنعه ، ويعزر هو على أساس هذا التقصير ، واذا كان قد حرضه على الاتلاف يضمن على أساس هذا التحريض . وذلك حكم المجنون والصغير على سواء .

وهل يتفق ذلك مع أحكام القانون المدنى والجنائى ؟ نقول انه للاجابة عن ذلك السؤال نقرر ان فى القانون نظريتين :

النظرية الاولى : أنه يتحمل الولى على النفس عن المجنون والمعتوه والصبى غير المميز نتائج اخطائهم ، وذلك بتحمل المسئولية المدنية ، فلا يؤخذ التعويض المالى من مال المجنون بل يؤخذ من مال الولى على النفس، لأن فاقد العقل لا يعد مسئولا عن شىء ، وقد فقد الارادة التى تتحمل تبعات الأفعال ، فلا يؤاخذ بشىء مما يفعل ، وانما على القوامين عليه أن يقوا الناس من سوء فعله ، أو يودع احدى المصاح ، أوقون الاصلاح او بحجز فى مكان لكيلا يؤذى أحدا ، فان قصر الولى فى ذلك ولم يفعل وهو يستطيع الفعل ، فان عليه مسئولية مدنية لا جنائية ، الا اذا كان ثمة تحريض ، فان عقوبة الولى تكون على التحريض ، وان هذا المبدأ يتفق مع المسئولية المدنية العامة فى القانون المصرى .

وقد قال الاستاذ الدكتور على راشد ما نصه :

« لا يمنع الجنون أو العاهة العقلية من امكان قيام المسئولية المدنية عن الاضرار الناشئة عن العمل الاجرامى ، فى مواجهة الشخص المسئول عن المتهم المصاب بالجنون ، أى المكلف برعايته ، وكان ذلك تطبيقا للمبادىء العامة فى المسئولية المدنية عن فعل الغير (١) » أى ان ذلك تطبيق لقاعدة القانون المدنى التى تحمل المتبوع الاضرار الناجمة عن فعل التابع .

---

(١) موجز القانون الجنائى ص ٣١ .

والنظرية الثانيـــة ـ اعتبار المجنون هو المسئول عما يترتب على افعاله من أضرار ، فتؤخذ من ماله ، أن كانت له أموال ، وبهذا اخـــذ القانون الالمانى والقانون السويسرى ، بل ان هذين القانونين ليسوغان المسئولية الجنائية على فاقد العقل اذا كان له دخل فى فقـــد عقله كأن يكون الفقد للعقل نتيجة تناول المسكرات والمواد المخدرة ، والظاهر ان ذلك لايكون عنده فقد الادراك والقصد فقدا تاما ، بل يكون لمن عنده نقص فى الادراك لا فقـــد له .

وان الشريعة الاســـلامية فى الحقيقة وسط بين النظريتين ، لانها جعلت فاقد العقل مسئولا مسئولية مدنية اذا أتلف المال ، وكانت جنايته منصبة عليه ، أما اذا كانت جنايته على البدن ، فانها اشركت العاقلة فى دفع الدية على التفصيل والخلاف الذى بينـــاه آنفا .

والقـــانون المصرى اخذ اســطرا من النظريتين .

فأخذ بالنظرية الثانية بأخذ التعويض من الاضرار الناشئة عن عمل المجنون نفســه ، اذا لم يكن لهولى مسؤول عنه يحافظ عنه فقد ذكرت المادة ١٦٤ من القانون المدنى الجديد أنه يحكم بتعويض يؤخذ من مال المجنون عن الاضرار التى تنشأ من فعله ، اذا لم يوجد شخص مسؤول عنه ، أو وجد ، ولكن تعذر الحصول منه على تعويض .

وبهذا يتبين أن القانون المدنى أخذ بالنظرية الثانية ، ولكنه وضع قيدا لها وهو « اذا لم يكن ولى يمكن أخذ التعويض منه » .

وان ذلك قبسة من الشريعة ، وان واضعى القانون المدنى كانوا على مقربة منه ، ويظهر أنهم فى هذا قبضوا قبضة من الشريعة ، وان لم يسيروا الى مدى بعيد فى هذا وفى غيره مما أخذوه ، فلم يزيدوا على قدر يسير مما يرون من المناســـب الأخـــذ من الشريعة فيه .

لا تعزير على المجنون « ولكن يحجز :

وانه يلاحظ أن الحكم بالدية أو الضمان من مال المجنون والصغير لا يمنع ولى الامر من أن يعمل على حجز المجنون فى أماكن بعيدة عن أن ينال الناس بالأذى ، أو ان يقتلوه ، أو يشيروه ، فانه لايؤمن بقاؤه بين الناس، وذلك من الحسبة الاسلامية ، وقد كانت البيمارستانات قائمة فى الديار

الاسلامية لمعالجة الامراض بكافة انواعها ، وان هذا احتياط أوجبه القانون المصرى ، فقد جاء فى قانون العقوبات فى المادة ٣٤٢ ما نصه :

« اذا صدر امر بأن لا وجه لاقامة الدعوى ، أو حكم ببراءة المتهم، وكان ذلك بسبب آفة عقلية ، تأمر الجهة التى أصدرت الامر أو الحكم اذا كانت الواقعة جناية أوجنحة عقوبتها الحبس ــ بحجز المتهم فى أحد المحال المعدة للامراض العقلية الى أن تأمر الجهة المختصة باخلاء سبيله » .

هذا ما تقوم به الجهة القضائية ، عند وقوع واقعة من المجنون وتجعله متهما ، وذلك بلا ريب علاج للداء ، بعد وقوع بعض أضراره ، واذا لم يكن وقائع ، ولكن وجدت بوادر تؤكد احتمال وقوعه فى جرائم احتمالا راجحا ، وان لم تقع ، فان المنطق الفقهى يوجب ان يعمل الولى على حمايته وحماية الناس منه ، لان ذلك واجبه الاصلى ، اوجبه الشرع ، فان كان يستطيع ذلك قام به وبمن يعاونه وان كان لا يستطيع ذلك وجب عليه أن يعمل على حجزه فى احدى المصاح المخصصة لذلك ، فهى فى الواقع تحجز وتعالج ، وقد يمن الله تعالى عليه بالشفاء .

ويجب ان يلاحظ ان الولى على النفس اذا قصر فى المحافظة على نفس المولى عليه حتى آذى نفسه ، كان لولى الامر نزعه من يده ، أو تعزيره على تقصيره ، لان المجنون (كالصغير) فى يده كالوديعة فى يد الوديع تجب عليه رعايته كمال الرعاية . والله ولى الجميع .

جـ ـ الانوثة

الانوثة من أسباب الولاية على النفس بذاتها من غير ان تكون مرتبطة بصغر أو آفة من آفات العقل ، وهي تدخل في عموم الصغار ، وفي عموم المؤوفين بآفات عقلية ، ولكنها مجردة من وصفي الصغر والجنون توجب الولاية ، وهي ولاية الصيانة والحفظ ، وولاية التزويج .

وان الانوثة سبب من اسباب الولاية على النفس في حدود ليست كحدود الصغر وما يشبهه ، بل هي حدود فيها سعة ، وفيها نوع اطلاق بالنسبة لموضوعي الولاية .

سبب الولاية على الانثى :

وأساس الولاية على النفس بالنسبة للانثى هو كون المراة **بطبيعة تكوينها** مرضة لآفات المجتمع اكثرمن الشاب ، واذا أصيبت بآفة من آفاته كانت في نفسها أعمق تأثيرا ، وفي كرامتها ابعد اثرا ، وما يمسها يمس أسرتها بالعار ، ان مست سمعتها .

وان الاسلام الذي يريد المجتمع نزها عفيفا ، يدعو الى الا تغشى المراة مجتمعات الرجال الا بقوة من الاخلاق الفاضلة ، والارادة القوية ، وذلك كله لايكون الا اذا كانت هناك مشاركة لها في المحافظة على نفسها ، والمحافظة على سمعتها وعلى شرفها ، وكان لابد ان يكون الشريك لها في ولايتها على نفسها من أسرتها التي تتصل بها في كل ما يعليها أو يخفضها ، فانها ان علت ، صانت أسرتها ولم تمسها ، وان انخفضت انخفضت معها سمعة الأسرة .

وفوق هذا وذاك ان المراة بطبيعة تكوينها النفسي عاطفتها قوية لتتلاقى تلك العاطفة مع ماهيأها الله تعالى له من شرف الأمومة ، اذ هي التي تغذي أطفالها بأنبل العواطف الاجتماعية ، وهي اذ تدر على طفلها لبن ثديها يتغذى به تودع فيه مع هذا اللبن عاطفة المحبة الانسانية ،

وروح المشاركة العامة ، وتهذب غرائزه ، لتجعله اليفا بين النـاس ، يشاركهم سراءهم وضراءهم ، كما تعود هذه المشاركة فى داخل اسرته من أمه الرءوم. وان قوة العاطفة تجعل صاحبها عرضة للتأثر بالمجتمعات خيرها وشرها ، والشر بطبيعته اقرب استهواء للنفوس لأنه يجيئها من قبل أهوائها ، فتكون النفس اكثر استجابة ان لم يكن قوة لائمة من مهذب نفسي كامل .

الرجال قوامون على النســاء :

ولأجل هذا جعل الاسلام نوع قوامة للرجال على النساء ، فقـد قال تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما انفقوا من أموالهم ، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله » .

ونرى النص يجعل قوامة الرجال على النساء بسبب ما فضل الله به تكوين الرجال ، فجعل العقل مسيطرا على انفعـالهم ، وبسبب انهم يتحملون الواجبات المالية ، وتلك اشارات الى ان المراة لا يكون عملهـا خارج البيت للكد والكدح وكسب المال ، بل عملها يكون لتربيـة الأولاد ، وادارة مملـكة الأسرة الصغيرة ، اذ هى راعيتها ، والقوامة عليها فى داخلها ، والرجل قوام على الجميع لتوفير المال ، وحماية الأسرة بقوة الرجولة وقوة العقل المدبرة الدافعة للشرور والآثام حتى لا تحوم حول عش الأسرة الذى كرمه الله تعالى .

وليست هذه القوامة قهرا واذلالا، وتحكما ، بل هى حماية ورعاية ، وقيام بالواجب ، وليست استمتاعا بحق فليست حقا خالصـا للرجل ، ولـكنها واجب عليه ، يرعاه حق رعايتـه .

فالولى على النفس يصون الفتاة ما دامت لم تتزوج ، ويشاركها فى اختيار زوجها اذا تزوجت ، وهى فى حياتها الزوجية تحس بأن بيته هو الـكنف والمـال لها ، ان لم تصلح حياتها الزوجية ، وهى بمقتضى عاداتنا الاسلامية تستعين به فى رفع اذى الزواج ان كان يؤذيها .

واذا انفصلت من زوجها ، أو انتهت حياتها الزوجية لا تجد مأوى لها الا بيت الولى على النفس ، أو أن تعيش فى كنفه وظله وحمايته .

ولذلك كانت مظاهر الولاية على النفس بالنسبة للأنثى :

١ ـ ولاية ضم الفتاة الى حيث يقيم وليها ، ولو بلغت سن الرشد، مادامت لا تؤمن على نفسها ، الا اذا عنست أو أصبحت قادرة على القيام بشئون نفسها من غير حماية أحد .

٢ ـ ولاية التزويج بأن يشاركها فى اختيار الزوج سواء أكانت بكرا ام كانت ثيبا على تفصيل فى ذلك نبينه عند الكلام فى ولاية التزويج ان شاء الله تعالى .

٣ ـ اذا انتهت حياتها الزوجية عادت ولاية الضم ان كانت غير مأمونة على نفسها .

وفى الجملة الولاية على المرأة البالغة العاقلة هى حماية ورعاية ، وليست قهرا واذلالا ، والله سبحانه وتعالى ولى المؤمنين .

زمن الولاية على النفس

زمن الولاية على النفس هو زمن بقاء تستمر باستمراره وتنتهى بانتهائه ، فان كان السبب هو الصغر فانها تنتهى بالبلوغ . واذا كان السبب هو الجنون ، فانها تنتهى بالاستفاقة ، وتستمر باستمراره ، واذا كان متقطعا ، فانها تكون حيث يكون الجنون قائما ، وتزول اذا زال . واذا كان السبب هو الانوثة فانها تستمر ما دامت الانثى غير مأمونة على نفسها، فاذا صارت مأمونة على نفسها ، أو لايخشى عليها الفساد ، فان الولاية على النفس بالحفظ والصيانة تنتهى . وأما بالنسبة لولاية المشاركة فى اختيار الزوج ، فانها تستمر لأن هذا النوع من الولاية على النفس يستمر، اذ السبب فى وجوده ليس مصلحة المرأة فقط، بل مصلحتها لاتقاء عقد الزواج على قول الاكثرين من الفقهاء ومصلحة الاسرة ، ولذلك تستمر مؤبدة غير مؤقتة بوقت ، عند الجمهرة من الفقهاء ، وتنتهى بالبلوغ عند غيرهم .

ا ـ البلـوغ

البلوغ بالحلم والبلوغ بالسن :

تنتهي الولاية على الصغير بزوال السبب الذي أوجب عجـزه من حماية نفسه ، وأوجب تربيته وتهذيبه وهو الصغر، والصغر ينتهي بالبلوغ ولكن ما حدود البلوغ ؟ لقد حد القرآن الكريم البلوغ الطبيعي فقال تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا ، فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا ، ومن كان غنيـــا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » .

ونرى من هذا أن البلوغ هو بلوغ النكاح ، وهو كاف لاثبات البلوغ بالنسبة للولاية على النفس ، أما بالنسبة للولاية على المال ، فانها لا تزول بمقتضى هذا النص الا ببلوغ النكاح وبلوغ الرشد معا ، ولذا علق دفـع أموالهم اليهم بقوله سبحانه : « فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهـم أموالهـم » .

بالنسبة للصغير :

وعلى ذلك تنتهي الولاية على النفس للصغير ببلوغه الطبيعي ، والبلوغ الطبيعي هو بلوغ النكاح ، والحد الادنى لبلوغ النكاح بالنسـبة للصغير ، هو بلوغ اثنتي عشرة سنة ، فلا يتصور بلوغ النكاح بما دون ذلك بالنسبة للصغير، ولذلك تسمى سنه هذه هي سن المراهقة ، اذ انه يحتمل بلوغه النكاح في هذه السن ، ولا تتصور فيما دون ذلك . وعلى ذلك اتفق الفقهاء .

بالنسبة للصغيرة :

اما بالنسبة للصغيرة ، فان الولاية على النفس لا تنتهي من حيث الحفظ والصيانة بمجرد البلوغ الطبيعي ، بل لابد من بلوغ أمر آخر ، وهو

الأمن على نفسها ، وبالنسبة لولاية التزويج تبقى ما بقيت ، بيد أنها تختلف حالها قبل البلوغ الطبيعى عنها بعده ، فانها قبل البلوغ تكون الولاية اجبارية بمعنى أنه لا يكون لها اختيار فى أمر زواجها ، أما بعد البلوغ الطبيعى فانها تكون بالمشاركة فى اختيار الزوج ، ويتولى هو صيغة العقد على رأى جمهور الفقهاء ، فنوع الولاية فى الزواج يختلف فى الحالين : حال ما بعد البلوغ . وحال ما قبله . والأولياء يختلفون بالنسبة للأنثى ، فى الولاية على النفس ، فولاية الحفظ والصيانة تكون لكل العصبات باتفاق الفقهاء جميعا ، وبالنسبة للزواج يختلفون مابين مضيق وموسع مع الاتفاق على أصلها عند الجميع ما عدا أبا حنيفة رضى الله عنه .

البلوغ الطبيعى :

هذا والبلوغ الطبيعى وهو بلوغ النكاح ابتداء ، لا يصدق بالنسبة للمرأة فيما دون التاسعة وعند بعض الفقهاء دون العاشرة ، وعلى ذلك يكون سن المراهقة هو التاسعة بالنسبة للصغيرة ، أو العاشرة على الخلاف ، والثانية عشرة بالنسبة للصغير على ما أشرنا .

الاختلاف فى سن البلوغ الطبيعى :

اذا لم تظهر أمارات بلوغ النكاح بعد الثانية عشرة للصغير ، وبعد التاسعة للصغيرة ، فانه يكون البلوغ بالسن ، وهى بلوغ الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة للصغيرة والصغير على السواء ، وقال أو حنيفة رضى الله عنه بلوغ السن للصغير ببلوغ ثمانى عشرة ، وبلوغه للصغيرة ببلوغ سبع عشرة سنة .

وحجة جمهور الفقهاء فى تقدير السن بخمس عشرة سنة ما روى عن ابن عمر رضى عنهما أنه قال « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد ، وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ، وعرضت عليه يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى » . فالنبى صلى الله تعالى عليه وسلم قبل ابن عمر فى المقاتلين وهو ابن خمس عشرة سنة ، فدل ذلك على أنه بلغ مبلغ الرجال فى هذه السن ، وان بلوغ حد الرجولة بهذه السن ، ولأن البلوغ الطبيعى لايتأخر عن ذلك عادة الا لآفة جسمية ، وان التقدير بالسن قائم على تقدير البلوغ الطبيعى ، فتكون هذه المدة هى الحد الأعلى لبلوغ النكاح وان لم تظهر أماراته أولم يدعها الصغير أو الصغيرة» .

وحجة ابى حنيفة رضى الله عنه تقوم على راى صحابى فقيه ، وهو راى ابن عباس ترجمان القرآن ، فقد فسر قوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن حتى يبلغ اشده » بأن بلوغ الاشد يكون ببلوغ ثمانى عشرة سنة فكان هذا حدا اعلى للبلوغ بالسن اذا لم تظهر امارات دالة على البلوغ الطبيعى ، وقد نقص سن الصغيرة الى سبع عشرة سنة ، لانّ بلوغها الطبيعى يسبق بلوغ الغلام بدليل ان سن المراهقة عنده هو بلوغ الثانية عشرة وسن المراهقة عندها هو بلوغ التاسعة .

اثر البلوغ فى رفع الولاية على النفس :

لا شك أن الاحتياط لرعاية المولى عليه ذكـرا كان او انثى يوجب الاحتياط فى تقدير السن اذا لم تظهر امارات دالة على بلوغ النكــاح ، والاحتياط يوجب ان يكون هناك شبه يأس من ان تظهر امارات النكاح ، الا بأمر آخر غير مجرد الطبيعة البشرية كعلاج ، او دواء او جراح ، او نحو ذلك .

ويلاحظ امران :

اولهما ـــ ان الاتجاه الى السن انما يكون اذا لم يدع المراهق انه راى الامارات . فان ادعى الصغير او الصغيرة انه راى الامارات الدالة على ذلك قبل قوله ، لأن الظاهر لايكذبه ، والأمر لايعرف الا من جهته ، فكان القول قوله ، فاذا اختار ولى الصغيرة زوجا لها ، وزوجها من غير اختيار لها ، فادعت انها رات الحيض وأن تزويجه لا ينفذ عليها ، لان الولاية عليها ليست ولاية اجبارية ، اذ انها قد بلغت ، فالولاية عليها ولاية اختياروانها احق بنفسها من وليها فالقول قولها ، وكذلك الامر بالنسبة للصغير .

الامر الثـــانى : الذى تجب ملاحظتـــه ان الصـــغير اذا بلغ البلوغ الطبيعى ، سواء برؤية امارات النكاح ، أم بالسن ترفع عنه الولاية على النفس ، ولكن تبقى اذا كان يخشى عليه الفســـاد « اذا كان يصطحب الاشرار ، وتعود معهم اخلاقا فاسدة ، فانها تبقى حتى تستقيم اخلاقه أو ييئس من صلاحه ، فيترك حبله على غاربه ، كما اشار الاثر المروى عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم . هذا ما يتعلق بالصيانة والحفظ « اما ما يتعلق بولاية التزويج ، فانها تثبت له كاملة اذ لا وجه لبقائها ، وأن الذى ابقى ولاية الصيانة ، انما هو الاحتياط له ، ورجاء اصلاحه .

سن البلوغ فى البلاد العربية

وانما نقــرر أن المعمول به فى مصر الى الآن هو أن ســن البلوغ هو الخامسة عشرة على اساس البلوغ بالسن ، وكان ذلك هو المعمول به فى البلاد العربية الى أن صدر قانون حقوق العائلة التركى ١٩١٧ ، فتغير الوضع بالنسبة للبلوغ فى سن الزواج اذ كانت أكثر البلاد العربية تابعة فى الحكم فى الاحوال الشخصية للسلطنة العثمــانية . وانه لا تزال اكثر أحكامه ، بل كلها الا فى بعض الشكليات معمولا بها فى لبنــان .

القــانون اللبنــانى

قانون حقوق العــائلة العثمانى أخذ برأى أبى حنيفــة فيما يتعلق بالبلوغ وقد أخذ بذلك القانون اللبنانى وقد نص على ذلك فى المواد٤،٥،٦ وهذا نصها :

المادة ٤ ــ يشترط ليكون الخاطب حائزا أهلية النكاح أن يتم الثامنة عشرة ، والمخطوبة ان تتم الســابعة عشرة .

المادة ٥ ــ اذا راجع المراهق الذى لم يكمل الثامنة عشرة من العمر وبين انه بلغ ، فللحاكم الاذن بالزواج اذا كانت حاله تتحمل ذلك واذن لها وليها .

المــادة ٦ ــ اذا راجعت المراهقة التى لم تتم الســابعة عشرة من العمر وادعت انها بلغت وكانت حالها تتحمل ذلك يأذن لها بالزواج اذا أذن لها وليها .

ومن هذه المواد يتبين ثلاثة أمور :

أولها ــ انه اخذ بمذهب ابى حنيفة رضى الله عنه فيما يتعلق بالبلوغ بالسن ، فلم يأخذ بالراى الذى يقرر أن البلوغ بالســن يكون بخمس عشرة ســــنة .

ثانيها ــ انه فتح الباب لادعاء المراهق والمراهقة البلوغ . وأجاز للحاكم ان يأذن بالزواج اذا تبين أن حالها تجعلهما يتحملان الزواج ، وقد اجملت المادة معنى التحمل ، فلم تبين نوعه أهو التحمل الجسمى ، أم التحمل المادى . ومن اطلاق المادة ، أو عمومها يتبين أن يراد الأمران من التحمل، اى التحمل البــدنى ، والتحمل المــادى معا .

ثالثها — انه بالنسبة للمراهقة اشترط اذن الولى، لان قانون حقوق العائلة العثمانى المطبق فى لبنان اشترط لعقد الزواج رضا الولى بالنسبة للزوجة ، فهو قد اخذ بالراى الذى يجعل رضا الولى شرطا فى زواج المراة، ولو كانت بالغة ، على ما سنبين ان شـــاء الله تعالى .

وقد أخذ بالنسبة للصغار فى الزواج بقول من يقولون عدم صحة زواج من لم يبلغوا سن الزواج ، وهو راى ابن شبرمة وعثمان البتى من فقهاء العراق ، وابى بكر الاصم من فقهاء التخريج فى المذهب الحنفى . ولذلك فضل من البيان نتكلم فيه عند الكلام فى الولاية على النفس بالنسبة للتزويج ، ان شاء الله تعالى .

القانون الســورى

كان القانون السورى متأثرا الى حد ما بقانون حقوق العائلة لانه كان مطبقا بسوريا الى أن صدر القانون المنظم لاحكام الاحوال الشخصية فيها سنة ١٩٥٣ ، وقد كان قانون حقوق العائلة التركى من مصادر ذلك القانون، فقد جاء فى المذكرة الايضاحية منه ما نصه :

« واصدرت الحكومة العثمانية فى سنة ١٢٩٣ هـ مجلة الاحكـــام العدلية ، ثم فى سنة ١٣٣٦ قرار حقوق العائلة المعمول به الى اليوم ، وأخذت فيه بطائفة من أحكام المذاهب الثلاثة ، واختارت بعض الاقوال غير الراجحة فى المذهب الحنفى ، واخذت أحكاما من غير المذاهب الاربعة التى استقر عليها العمل » ... وبعد ذلك بينت المذكرة ما اعتمد عليه القانون فقالت : « اعتمد فى اعداده على خمسة مصادر :

أولا — قانون حقوق العائلة الذى جرى عليه العمـــل ، وتعارفه الناس ،وبنيت عليه الاجتهادات القضائية .

ثانيا — القوانين المصرية مع بعض التعديل أحيانا لما يوافق المصلحة المحلية .

ثالثا — الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية لقدرى باشا .

رابعا — ما رأت اللجنة الاخذ فيه بمذهب غير المذهب الحنفى ، وما وضعته فى مواد التنظيم التى لا تنافى الحكم الشرعى .

خامسا ــ مشروع الاحوال الشخصية لقاضى دمشق » .

وبذلك يتبين انه جعل المصدر الاول لقانون سنة ١٩٥٣ السورى قانون حقوق العائلة العثمانى الذى كان العمل عليه وجرى فيه اجتهاد القضاء ، وصقله التطبيق ، وانه بالنسبة للولاية على النفس والاجراءات السابقة للزواج ، قد اخذ بما جاء فيه وادخل تعديلات بعدت به قليلا عن اصله .

فهو قد اعتبر فى السن المؤهل للزواج راى ابى حنيفة ، وهو أن يكون ببلوغ ثمانى عشرة سنة للصغير ، وسبع عشرة للصغيرة .

واجاز للمراهق أن يطلب الاذن بالزواج ، ولكن قيد ذلك بأن يكون الغلام قد بلغ الخامسة عشرة ، وأن تبلغ المراهقة الثالثة عشرة .

ولم يطلق المراهقة كما أطلقها قانون حقوق العائلة العثمانى، اذ انه لم يقدر سنا ، وترك ذلك لبلوغ النكاح وهذا ما نص عليه فى المواد ١٦، ١٨، وتلك هى نصوص هذه المواد :

المادة ١٦ ــ تكمل أهلية الزواج فى الفتى بتمام الثامنة عشرة ، وفى الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر .

المادة ١٨ ــ اذا ادعى المراهق البلوغ بعد اكماله الخامسة عشرة ، أو المراهقة البلوغ بعد اكمالها الثالثة عشرة وطلبا الزواج يأذن به القاضى اذا تبين صدق دعواهما ، واحتمال جسميهما .

وتبين من هذا أن القانون السورى فيما يتعلق بالبلوغ لاهلية سن الزواج خالف قانون حقوق العائلة العثمانى الذى يعتبر مصدرا تاريخيا له فى كثير من مواضعه فى أمرين :

اولا ــ انه حد سن المراهق ، ولم يتركه للطبيعة الجسمية لكل من الصغير والصغيرة ، بل جعله للصغير خمس عشرة سنة ، وللصغيرة ثلاث عشرة سنة ، ولم يترك المراهقة لاصل التقدير الفقهى للحد الادنى بالنسبة للصغير والصغيرة واشترط موافقة الولى على النفس اذا كان الأب أو الجد العصبى فى هذه الحال .

ثانيا — انه لم يترك الامر لاخبار الصغيرين ، اذ يكون القول قولهما فى ذلك ، اذ هو امر لايعرف الا من جهتهما ، بل اشترط لقبول كلامهما والاذن لهما تبين صدقهما ، ولكن لم يبين طريق التعرف لصدقهما — أهى مظاهر حالهما ، أم هو الكشف الطبى فى هذه الحال ؟ لم يبين ذلك ، وكان الاولى أن يبين طريق تعرف الصدق فى قولهما ، أو يترك الامر لما يقرره الفقهاء فى معرفة حال البلوغ ، كما فعل مصدره ، وهو القانون العثمانى ، لان ترك ذلك اذا رجع فيه القضاء الى الفقه لم يخرج عن القانون وبذلك لم يأت القانون بجديد فى هذا ولم يكن لعبارة تبين صدقهما مدلول خاص يحدد معناها ، وان كان الأمر متروكا لتقدير القاضى ، فانه لايوجد قيد يقيد القضاء ، وقد يأخذ بفكره الفقهاء .

ويلاحظ أن القانون السورى بالنسبة للولاية المالية ، جعل السن ينتهى بثمانى عشرة سنة بالنسبة للغلام والأنثى من غير تفرقة بينهما . فقد نصت المادة ١٦٢ على ذلك فقالت : القاصر من لم يبلغ سن الرشد ، وهى ثمانى عشرة سنة كاملة .

وجاء فى ثنايا الكلام ما يدل على أن الولاية تكون على المجانين والمعاتيه والصغار مع المال تكون على النفس مع حد هذه السن ، وقد نص فى هذا على اعمال الولى على النفس . فجاء فى المادة ١٧٠ ما نصه :

١ — للاب والجد العصبى ولاية على نفس القاصر وماله ، وهما ملزمان بالقيام بها .

٢ — لغيرهما من الاقارب بحسب الترتيب المبين فى المادة ٢١ ولاية على نفسه دون ماله .

٣ — يدخل فى الولاية النفسية سلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه الى حرفة اكتسابية والموافقة على الزواج ، وسائر امور العناية بشخص القاصر .

ويستفاد من تعريف القاصر ، وبيان سلطان الولى على النفس أن جعل السن ثمانى عشرة سنة للغلام ، وسبع عشرة للفتاة هو بالنسبة للزواج اما بالنسبة للولاية بشكل عام ومنها الولاية على النفس فانها تستفاد من تعريف القاصر الذى بينته المادة ١٦٢ ، فان القصر يزول ببلوغ الشخص الثامنة عشرة عاقلا ، وعلى ذلك تكون الصغيرة فى ضمن الولاية بقسميها حتى تبلغ الثامنة عشرة بمقتضى القانون السورى .

وعلى ذلك نقول ان البلوغ قسمان :

احدهما — بالنسبة للزواج وهو ما ذكر أولا .

والثانى — بالنسبة لولاية الحفظ والصيانة ، فانه يكون ببلوغ ثمانى عشرة سنة للصغير والصغيرة على سواء .

القانون الاردنى

سمى قانون الاحوال الشخصية فى الأردن قانون حقوق العائلة وهى تسمية متلاقية مع القانون العثمانى ، وتدل على مقدار التقارب بينهما ، وان كان قد نص على الغائه فى المادة ١٣٠ وهذا نصها :

« تلغى القوانين التالية :

١ ــ قانون حقوق العائلة العثمانى لسنة ١٣٣٦ .

٢ ــ قانون حقوق العائلة المؤقت الاردنى رقم ٣٦ لسنة ١٩٢٧ .

٣ ــ أى تشريع عثمانى او اردنى أو فلسطينى صدر قبل سن هذا القانون الى المدى الذى ستكون فيه تلك التشريعات مغايرة لاحكام هذا القانون » .

ولكن ما لا نص فيه من أحكام الاحوال الشخصية فى هذا يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابى حنيفة ، وقد نصت على ذلك المادة ١٢٩ ، هذا نصها : « ما لا ذكر له فى هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبى حنيفة » .

وقد صدر ذلك القانون فى سنة ١٩٧٠ هـ ــ ١٩٥١ م .

ويهمنا أن نقرر انه بالنسبة لسن البلوغ اخذ بالاصل الذى اخذ به قانون حقوق العائلة مع تغيير فى سن المراهقة . واختلف فيه مع القانون العثمانى وخالفه فيه القانون السورى ، واليك نص المادة الرابعة المشتملة على ذلك ، فهى التى بينت أحوال السن :

المادة ٤ ــ يشترط فى أهلية النكاح ان يتم الخاطب الثامنة عشرة ، والمخطوبة السابعة عشرة من عمرها .

(أ) واذا كان طالب النكاح مراهقا لم يكمل الثامنة عشرة وراجع القاضى واقنعه بانه اكمل الخامسة عشرة من عمره وانه يتحمل فللقاضى أن يأذن له بالزواج » .

(ب) وكذلك اذا راجعت المراهقة البالغة الخامسة عشرة ، ولم تكمل السابعة عشرة من عمرها القاضى ، وطلبت منه الاذن بالزواج برضا وليها ، فاذا رآها القاضى متحملة الزواج ، فله أن يأذن لها بذلك .

ومن هذا يتبين أن القانون الاردنى خالف قانون حقوق العائلة العثمانى فى انه قيد سن المراهقة التى يسوغ فيه الاذن بالزواج بأن يكون الخامسة عشرة ، ولا يقبل ادعاء البلوغ قبل هذه السن ، وكأنه اخذ برأى أبى حنيفة

الذى حد البلوغ بثمانى عشرة وسبع عشرة ، واعتبر فى الجملة رأى جمهور الفقهاء الذى اعتبر البلوغ بالسن هو ببلوغ الخامسة عشرة ، فاعتبرها فى ادعاء بلوغ النكاح .

وخالفه قانون الاحوال الشخصية السورى فى أمرين :

أولهما — فى أن القانون السورى فرق بين الصغير والصغيرة فيما يتعلق بالمراهقة ، فالقانون الاردنى جعلها خمس عشرة سنة . والقانون السورى جعل الاذن للمراهق يكون فى حـــال بلوغه الخامسة عشرة ، وللصغيرة ببلوغها الثالثة عشرة .

والثانى — أن القانون الاردنى لم يتعرض للاثبات بالنسبة للبلوغ ، بل جعل القول قول مدعيه ، بخلاف القانون الســـورى فانه قال لابد أن يتبين صدقهما .

* ويلاحظ انه فى القوانين الثلاثة الســـابقة القانون اللبنـــانى ، والسورى والاردنى الاذن بالزواج لا يكون قبل المراهقة بحال من الاحوال ، وان اختلفت القوانين الثلاثة فى سن المراهقة ، وعلى ذلك تكون القوانين الثلاثة ، وهى مشتقة منقانونحقوقالعائلة العثمانى فى هذا الموضع تمنع الزواج قبل بلوغ النكاح ، كما هو رأى عثمان البتى وابن شبرمة ، وأبى بكر الاصم لانها قررت بمجموع أحكامها ان الأهلية للزواج لا تكون قبـــل المراهقة ، وان كانت قد خالفت أولئك الفقهاء فى حقيقة البلوغ أو المراهقة .

القانون العراقى

صدر بالعراق قانون منظم لاحكام الاحوال الشخصية سنة ١٩٥٩ برقم ١٨٨ ، وعدلت بعض أحكامه بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٣ .

وان العراق قد أخذت بالنسبة لسن الزواج من قانون حقوق العائلة العثمـــانى ، لـــكنها عدلتـــه تعديلا غير جوهرى ، وخالفت بذلك القوانين السابقة ،وقد اشتملت على ذلك أحكام المادة السابعة والثامنة والتاسعة :

المادة السابعة :

١ — يشترط فى أهلية الزواج العقل والبلوغ .

٢ — للقـــاضى ان يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقليا اذا ثبت بتقرير طبى أن زواجه لا يضر بالمجتمع ، وانه فى مصلحته الشخصية اذا قبل الزوج الآخر الزواج قبـــولا صريحـــا .

المادة الثامنة — تكمل أهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة .

المادة التاسعة — اذا ادعى المراهق أو المراهقة البلوغ بعد اكمالها السادسة عشرة ، وطلبا الزواج ، فللقاضي أن يأذن به ، اذا تبين صدق دعواهما ، وتابليتهما البدنية بعد موافقة الولي الشرعي ، فان امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له ، فان لم يعترض ، أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج .

ويلاحظ هنا أمور أربعة :

أولا — انه جعل البلوغ أو أهلية الزواج بالنسبة لهما معا هو ثماني عشرة سنة ، وبذلك خالف القوانين الثلاثة السابقة فيما يتعلق بسن الصغيرة اذ جعلت الأهلية فيه سبع عشرة سنة ، وخالف أيضا الفقه ، فان أحدا من الفقهاء لم يقل ان بلوغ الفتاة يكون ببلوغها ثماني عشرة سنة ، وخالف في ذلك ما هو المعمول به في مصر من ان الحد الادنى لسماع الدعوى بالنسبة للزواج ، لا لصحته ، وهو السادسة عشرة .

ثانيا — انه جعل المراهقة — هي ست عشرة سنة — للغلام والفتاة معا ، وذلك يخالف القوانين الثلاثة السابقة ، فاللبناني لم يضع حدا أدنى للمراهقة الا ما كان في الفقه الحنفي ، والاردني جعله خمس عشرة سنة للاثنين ، وسوريا جعلته خمس عشرة سنة للغلام ، وثلاث عشرة للفتاة .

ثالثا — أنه مع حد هذه السن لبلوغ سن المراهقة نجده يشترط للاذن تبين صدق المراهق او المراهقة ، وهذا غريب ، لأن الاصل المعروف أن من يبلغ هذه السن يكون قد بلغ حد النكاح الا اذا كان ثمة آفة بجسمه ، فالظاهر يشهد له في دعواه ، فكيف يأتي باثبات لما يشهد به الظاهر .

رابعا — انه يشترط موافقة الولي قبل اذن القاضي لمن بلغ السادسة عشرة من الصغير والصغيرة ، وكان هذا غريبا من حيث اشتراط رضا الولي بالنسبة للصغير ، ولم يشترط ذلك لا في القانون السوري ، ولا في القانون الاردني ، ولا القانون اللبناني ، كما لم يشترط في الفقه .

ويلاحظ ان الزواج في ذلك القانون كغيره من القوانين السابقة يحتاج في اجراءاته الى اذن القاضي « كما هو الاصل في قانون حقوق العائلة العثماني » على بيان في أثر عدم الاذن قد بينه في موضعه ، وبيناه في كتاب « انشاء عقد الزواج وآثاره » فارجع اليه .

وعلى هذا لازواج مطلقا قبل السادسة عشرة فى القانون العراقى، وبذلك يكون قد خالف فقه الاسلام كله ، كما خالفه الى حد كبير القانون السورى والاردنى .

ولا يقال ان ذلك مأخوذ من راى ابن شبرمة وعثمان البتى وأبى بكر الأصم ، لان هؤلاء يعتبرون البلوغ ببلوغ النكاح ، وحده الادنى بالنسبة للصغير اثنتا عشرة سنة ، وبالنسبة للصغيرة تسع سنوات ، ولم يقولوا ان حده خمس عشرة أو ست عشرة .

قانون تونس

صدر القانون المنظم للاحوال الشخصية فى تونس فى سنة ١٩٥٦ ، وسمى مجلة الاحوال الشخصية وقد نص على ان سن الزواج بالنسبة للفتاة ببلوغ الخامسة عشرة ، وبالنسبة للفتى ببلوغ ثمانى عشرة سنة ، وقد نص على أحكام السن فى المادة الخامسة ، ونصها :

« يجب ان يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية ، ويقدر سن البلوغ بالنسبة للمراة بتمام الخامسة عشرة ، وللرجل بتمام الثامنةعشرة ، وتزوج أحدهما دون السن المقررة يتوقف على اذن خاص من الحاكم ، وذلك بعد ثبوت البلوغ الطبيعى » .

ونصت المادة السادسة على حال الزواج واشتراط الولى ، وعدم اشتراطه ، فقالت :

« زواج الرجل والمراة اللذين لم يبلغا سن الرشد القانونى يتوقف على موافقة الولى، فان امتنع الولى من هذه الموافقة ، وتمسك كل برغبته ، رفع للحاكم » .

وسن الرشد الذى اشارت اليه هذه المادة هو ما نص عليه فى المادة ١٣٥ ، وهى عشرون سنة ، وهذا نصها :

« يعتبر محجورا عليه للصغر من لم يبلغ سن الرشد ، وهى عشرون سنة كاملة » .

ويلاحظ هنا ثلاثة امور :

اولها — ان القانون التونسى جعل سنا معينة بالنسبة للزواج ، وهى خمس عشرة سنة بالنسبة للفتاة ، وثمانى عشرة سنة بالنسبة للفتى ، ولكن مع ذلك تبقى ولاية التزويج بالنسبة لمن لم يبلغ سن الرشد الى ان

يبلغ سن الرشد ، وهى عشرون سنة ، ولكنها ولاية اختيارية ، أى أنه لا ينفرد بالتزويج ولا ينفرد القاصر به ، ولذلك كان الشرط بالنسبة لهما فيما بين الخامسة عشرة للفتاة ، والثامنة عشرة للفتى ، وبين بلوغ العشرين هو موافقة الولى فان امتنع لغير سبب معقول ، فان الحاكم ينفذ رغبة القاصر بعد ان يرفع اليه . اما بعد بلوغ سن العشرين ، فان الولاية على النفس تنتهى كالولاية على المال ، وذلك ظاهر بالنسبة للتزويج .

ثانيها — ان القانون التونسى قرر سن البلوغ بالنسبة للزواج بتلفيق من راى ابى حنيفة اذ اخذ به فى سن الفتى ، ومذهب جمهور الفقهاء اذ اخذ به فى سن الفتاة .

وفى كلتا الحالين حال الذكورة والأنوثة لم يجز الزواج قبل سن المراهقة ، وذلك يتفق مع راى من منعوا ذلك من فقهاء العراق الذين أشرنا اليهم آنفا ، فالشرط لطلب الزواج قبل السن المقررة هو بلوغ السن الطبيعى ، ولا ينفذ الا باذن من الحاكم ان طلب بعد البلوغ ، والبلوغ الطبيعى هو بلوغ الفتاة بالحيض ، والفتى ببلوغ النكاح .

ثالثها — انه جعل الأنثى كالذكر فى احكام ولاية التزويج ، فلم يشترط موافقة الولى لهما بعد بلوغ العشرين ، لا فرق بين الذكر والأنثى ، وسنبين ذلك فى موضعه من ولاية التزويج ان شاء الله تعالى .

الظهير المغربى

الظهير المغربى هو القانون الخاص بأحكام الاسرة فى القانون المغربى ، وقد صدر ذلك القانون فى ٢٨ من ربيع الثانى سنة ١٣٧٧ — الذى يوافقه ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٧ .

وانه يتلاقى القانون المغربى مع القانون التونسى فى بلوغ سن الزواج ، وان كانت صياغة القانون المغربى اوضح وادل على القصد ، وقد اشتمل على بيان ذلك المادتان الثامنة والتاسعة وهذا نصهما :

المادة ٨ — تكمل اهلية النكاح فى الفتى بتمام الثامنة عشرة . فان خيفت الفتنة رفع الأمر الى القاضى ، وفى الفتاة بتمام الخامسة عشرة .

المادة ٩ — الزواج دون سن الرشد القانونى متوقف على موافقة الولى ، فان امتنع وتمسك كل برغبته رفع الامر الى القاضى .

ويلاحظ هنا انه سوغ للفتى فقط طلب التزويج قبل السن المقررة ، لانه يصور ان خشية العنت لا تكون الا من الرجال ، اذ انه لم يفرض فى النص ذلك فى النساء ، مع أن العنت كما يكون فى المراهقين يكون فى المراهقات خصوصا اللائى يتعرضن للفتنة ، وان بلوغ النكاح يسارع فى النساء قبل الرجال ، فكان يجب ان يسير القانون على فرض حاجة المراهقة الى الزواج كحاجة المراهق على الاقل .

ومع اتحاد الظهير المغربى مع المجلة التونسية فى ان زواج من لم يبلغ الرشد يكون بموافقة الولى على النفس ، يخالفه المغربى بجعل عبارات النساء غير صالحة لانشاء عقد الزواج ، بل يباشره الولى ، بينما المغربى يجيز العقد بعبارة المراة اذا بلغت سن الرشد . وهذا فارق جوهرى قد نبينه عند الكلام فى ولاية التزويج ان شاء الله تعالى .

فى البلاد العربية التى لم يوجد فيها تقنين

البلاد العربية التى لايوجد فيها تقنين لأحكام الاسرة كليبيا والسعودية، فانها تسير بالنسبة للبلوغ على اساس المذاهب التى يجرى العمل فيها على مقتضاها ، ففى ليبيا يجرى العمل على مقتضى مذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وفى السعودية يجرى العمل على مقتضى مذهب الامام احمد . وكلا المذهبين يجعل سن البلوغ خمس عشرة سنة ، ان لم يكن بلوغ طبيعى ببلوغ النكاح ، والحد الادنى فيه تسع للصغيرة ، واثنتا عشرة سنة للصغير .

اما السودان فقد كان العمل فيه كمصر قائما على مقتضى مذهب ابى حنيفة الذى يقرر ان البلوغ الطبيعى بالنسبة للصغيرة تسع سنين ، وبالنسبة للصغير اثنتا عشرة سنة ، ولكن جاءت منشورات تأخذ حكم القوانين ، كما كانت الحال من قبل ، وصارت قوانين بعد استقلال السودان ، وانه يعمل بهذه المنشورات ، وما لم يكن فيها يكون الحكم فيه بمقتضى المذهب الحنفى ، اى بالراجح فيه .

ومع أن البلوغ فى المذهب الحنفى حده الادنى بالنسبة للصغيرة هو تسع سنين « فقد جاء فى المنشور رقم ٥٤ الصادر فى ٣ ذى الحجة سنة ١٣٧٩ هـ الذى يوافقه ٢٨ من مايو سنة ١٩٦٠ فى المادة الثامنة ما نصه :

القاصرة اذا خيف فسادها ، واتمت عشر سنوات تتزوج بعد اذن القاضى ، ويشترط قبولها الزواج ، كما يشترط ان يكون الزوج كفوا لها ، والمهر مهر مثلها ، والجهاز مناسبا .

وان هذا الجزء مأخوذ من مذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وهو يسوغ طلب ذلك للولى اذا كانت فى العاشرة ، وخيف عليها الفساد ، ولكن اعتبرت بالغة ، لان البلوغ الطبيعى بتسع سنين ، كما هو المقرر عند جمهور الفقهاء ، وان هذا النص بمقتضاه لا يكون زواج قبل هذه السن ، ولكن ذلك ليس بصريح ، ولكن النص يتضمنه اذ انه يحتاج الى اذن القاضى وهذا ينتهى الى امرين :

احدهما — ان العاشرة هى الحد الادنى لسن الزواج ، بدليل انه لا يستأذن قبل ذلك .

ثانيهما — انه لا يكون لها ان تأذن هى من تلقاء نفسها بل لها فقط قبول الزواج او عدم قبوله . ومهما يكن ، فان فكرة القانون ليست واضحة .

القانون المصرى

القانون المصرى يسير على مقتضى مذهب ابى حنيفة الذى يقرر ان البلوغ الطبيعى ببلوغ النكاح ، والحد الادنى للتصديق فى ذلك هو تسع للفتاة ، واثنتا عشرة للفتى ، وان كان القاصر مراهقا ، ولم يسدع بلوغ النكاح ، فان البلوغ يكون بالخامسة عشرة ، وهو فى هذا اخذ براى الصاحبين ابى يوسف ومحمد تلميذى ابى حنيفة وهو راى جمهور الفقهاء ، ولم ياخذ براى ابى حنيفة الذى اخذت به اكثر القوانين التى اخذت من قانون حقوق العائلة العثمانى .

منع سماع الدعوى لمن دون سن القانون :

ولم يوجد فى مصر استئذان القضاء بالزواج ، ولا منع الولى من أن يتولى عقد الصغار بنفسه .

ولكن وجد قانون نظامى يمنع سماع الدعوى اذا كانت سن الزوجة اقل من ست عشرة سنة ، وسن الزوج اقل من ثمانى عشرة ، وذلك بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ، وكان شرط عدم سماع الدعوى أن يكون عقد الزواج قد تم واحدهما دون هذه السن ، واصدرت وزارة العدل المنشور رقم ٥٨ لسنة ١٩٢٨ يتضمن التعليمات الخاصة بالاستيثاق من تنفيذ شروط السن ، فقررت ان من لا يشتبه المأذون فى سنهم يوثق العقد من غير طلب شهادة كأن يكون الزوجان موظفين ، أو مدرسين ، وان من يشتبه فى مقدار سنهم لا يوثق العقد الا بشهادة الميلاد ، أو بشهادة طبية .

وان الأثر الجوهرى فى القانون انه لا تسمع الدعوى اذا كانت سن أحد الزوجين وقت العقد دون هذه السن كما اشرنا من قبل ، ولكن لوحظ فى ذلك اضطراب وضيق على الناس فان القانون لا يمنع صحة الزواج ، ولكن يمنع فقط سماع الدعوى ، فيكون ثمة زواج بمقتضى العقد الصحيح ، ولكن لايمكن تطبيق آثاره من وجوب نفقة ، واثبات نسب وحق طاعة ، فرؤى تخفيفا على الناس ان يكون المنع محصورا فى دائرة ضيقة وهى ان يمنع سماع الدعوى اذا كانت سن أحد الزوجين دون السن المقررة وقت التقاضى لا وقت انشاء العقد .

وذلك مع بقاء المنع من ان يوثق عقده ، ومع منع سماع الدعوى فى الزواج بغير وثيقة رسمية صادرة على يد موظف مختص ، وكان ذلك فى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ففيه كان تقيد الاثبات بالوثيقة الرسمية ، وكان فيه التوسعة فى حد سن أدنى للزواج .

وقد وجـــد نتيجة للحكم الشرعى الذى يقـــرر صحة الزواج ما دام مستوفيا للشروط الشرعية ، ولمنع المأذون من التوثيق الا اذا ثبت أن السن فوق الحد الادنى أو مثله — أن كانت تقدم شهادة مزورة ، فنظر القضاء المصرى ، أيكون الادلاء بمعلومات غير صحيحة فى هذا يعد تزويرا فى وثيقة رسمية، فانتهت محكمة النقض الى انه يعد تزويرا لان وثيقة الزواج لاثبات واقعة زواج شرعى صحيح ، وهى قد شرعت لذلك ، لا لاثبات سن ، ولذلك لا يعد تزويرا الادلاء بمعلومات كاذبة فيما يتعلق بالسن .

العقوبات المترتبة :

ولذلك صدر مرسوم بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٢ نص على عقاب الشهود ، الذين يدلون بمعلومات كاذبة ينبنى عليها توثيق العقد ، ومن يضبط وثيقة الزواج وهو يعلم أن احد الزوجين دون السن القانونية ، وهـــذا نص المـــادة الثانية من ذلك المرســـوم :

« يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة — بقصد بيان بلوغ احد الزوجين السن المحددة قانونا بضبط عقد الزواج — اقوالا يعلم أنها غير صحيحة ، أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك ، متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الاقوال أو الاوراق . ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، أو بغرامة لا تزيد على مائتى جنيه كل شخص يخوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج،

وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة فى القانون » . وقد أضيف هذا القانون الى قانون العقوبات المصرى .

وان قانون وضع حد ادنى لسن الزوج بالنسبة للدعوى بنى على امـــــرين :

أولهما ـــ أن لولى الامر حق تخصيص القضاء بالزمـــان والمكان ، والحادثه ، ويمقتضى ذلك الاصل منع ولى الامر القضاة من سماع دعوى الزوجية أو اى اثر من آثارها اذا كانت سن احد الزوجين وقت التقاضي دون السن المحددة .

ثانيهما ـــ انه استأنس بما قرره عثمان البتى وابن شبرمة ، وابو بكر الأصم من أن زواج الصغار لا يصح ، لانه لا ولاية لاحد عليهم فى الزواج ، اذ الولاية فى الزواج تثبت على المولى عليه لاجل حاجته ، ولا حاجة عند الصغار لعقد الزواج، لانه عقد لا تظهر آثاره الا بعد البلوغ ، وسنتكلم على ذلك الراى عند الكلام فى ولاية التزويج ان شاء الله تعالى .

ولكن يلاحظ ان القانون المصرى لم يسر فى مســـار ذلك الراى الى غايته ، لأن لم يتعرض لصحة الزواج ، بل تعرض فقط لسماع الدعوى ، وانما اتجه المقنن المصرى ذلك الاتجاه ليكون قانونه فى الجملة متلائما مع راى جمهور الفقهاء معتمدا على أصولهم ، فاكتفى بمنع سماع الدعوى ، حتى لا يكون القانون متبعا شواذ الآراء عند الجمهور ، أو شواذ الفتاوى فى نظرهم .

ويلاحظ أن منع سماع الدعوى يكون ولو كان الزوجان متصادقين على الزواج ما داما لم يبلغا السن المحددة وقت التقاضي .

ويلاحظ ايضا ان سن الزواج فى مصر تكون بالبلوغ الطبيعى ، فهناك حدان للسن فى القوانين المصرية أحدهما حد سن الرشد ، وهو ببلوغ احدى وعشرين سنة ، والآخر حد سن الزواج ، وهى تكون بالبلوغ الطبيعى ، وان صح أن نضيف حدا ثالثا ـــ فهو سن سماع الدعوى ، وهى السادسة عشرة للزوجة ، والثامنة عشرة للزوج ، على ما تبين فى سالف قولنا .

مشروع قانون الاحوال الشخصية :

وضع مشروع قانون للاحوال الشخصية فى مصر ، ما زال مطويا ، وقدتم اعداده فى عام ١٩٦٥ وبالنسبة لبلوغ سن الزواج لم يغير من مذهب

ابى حنيفة ، بل ترك الامر بالنسبة لصحة العقد الى البلوغ ، وقد تعرض للسن فى المواد ١٩، ٢٠، ٢٣، ٢٤، ٢٧، منه، وهذا نصها :

المادة ١٩ — (أ) يشترط فى أهلية الزواج البلوغ ، فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل البـــــلوغ .

(ب) يمنع تزويج المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى الا باذن من المحكمة ، والمرجع فى ثبوت الجنون والعته الى المحكمة ، ولها أن تستعين برأى الخبراء من الاطباء .

(ج) ولا يصح زواج المكره والسكران .

المادة ٢٠ — لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند الى ما قبل الخامس من يونية سنة ١٩٣١ ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة ، وسن الزوج ثمانى عشرة سنة هجرية وقت العقد .

المادة ٢٣ — (أ) ولاية تزويج الفتاة فيما بين البلوغ وسن الرشد المالى تكون للعصبة بنفسه ، حسب ترتيب الارث ويقدم الجد الصحيح على الاخوة فى هذه الولاية ، فان لم توجد العصبة . فالولاية للقاضى .

(ب) ويسرى حكم الفقرة السابقة على المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى .

(ج) ولاية على البالغ العاقل فى تزويج نفســه .

المادة ٢٤ — (أ) يشترط اجتماع رأى الولى ، والمولى عليها .

(ب) واذا باشرت الفتاة العقد بعد رضا الولى، صح العقد، واذا انفرد أحدهما بالعقد توقف على رضا الآخر كان موقوفا على اجازته .

المادة ٢٧ — (أ) لمن بلغ الرشد سفيها ، أو طرأ عليه السفه ذكرا كان أو أنثى — أن يزوج نفســه .

(ب) اذا كان الزواج بعد الحجر اعترض ولى المال على مازاد أو نقص عن مهر المثل .

هذا ماجاء بالمشروع خاصا ببلوغ السن بالنسبة للزواج ، وهو الذى يتعلق بالولاية على النفس ، ويلاحظ انه اتى بمبادىء ثلاثة جديدة لم تكن فى المعمول به من قبـــل :

المبدأ الاول — انه اخذ برأى ابن‌شبرمة وعثمان البتى وابى بكرالاصم فى بطلان الزواج قبل البلوغ ، وحسنا فعل ، فان زواج الصغار لم يكن له غرض شرعى‌سليم فيما يقع بين‌اهل زماننا ، وان‌البلوغ لم يعينه المشروع، فكان السير على مقتضى البلوغ الطبيعى ، وهو بلوغ سن المراهقة ، اى ان الزواج قبل التاسعة للفتاة او الثانية عشرة للفتى يكون باطلا واذا لم يثبت بلوغ النكاح كان البلوغ بالسن ، وهو خمس عشرة وهو رأى جمهور الفقهاء الذى كان معمولا به من قبل ، ولم يكن رأى ابى حنيفة معمولا به الا فى‌قانون‌حقوق العائلة العثمانى، وبذلك يتقارب المشروع من قانون‌منع سماع الدعوى الذى ذكرناه آنفا .

المبدأ الثانى — الجديد عما كان معمولا به من قبل ، هو اثبات ولاية الشركة فى عقد الزواج بالنسبة للفتاة فى فترة من حياتها ، وهى الفترة التى تكون بين البلوغ الطبيعى ببلوغ النكاح ، او البلوغ بالسن ، وبين بلوغ سن الرشد ، فانه فى هذه الفترة تثبت ولاية الاختيار او ولاية الشركة ، وما بعد بلوغ الرشد تكون لها وحدها ولاية تزويج نفسها ، على ماهو مبين بالمذهب الحنفى .

وثبوت الولاية فى هذه الفترة ، لانه فى الغالب تكون الفتاة غير مأمونة على نفسها ، وتستمر عليها الولاية على النفس للحفظ والصيانة ، ومن اشد الصيانة الا تنفرد باختيار زوجها الذى يشاركها حياتها الى‌ماشاء الله تعالى ان يبقى الزواج ، ولان ذلك الزمن الذى تعيشه يوجب الاحتياط فى اختيار الفتاة من تتزوجه ، حتى لا تتردى بالوقوع فيما يجلب العار على اهلها والسوء على نفسها .

وانها بعد بلوغ الرشد تكون قادرة على ادارة اموالها بحكم القانون فتكون قادرة على اختيار الزوج فتكون لها الحرية فى اختياره ، وحقوق اسرتها مكفولة باشتراط الكفاءة فى اختيارها ، فهى حرية مقيدة ، والحرية المقيدة اولى بالاخذ من التقييد المطلق .

وفى هذا الجزء الذى اختص بالفترة بين البلوغ الطبيعى وبلوغ الرشد اخذ برأى محمد من اصحاب ابى حنيفة ، وبرأى فقهاء آخرين ، ولذلك اعتبر العقد موقوفا على اجازة الولى اذا باشرت هى العقد من غير ان يعلم رضاه حتى يرضى ، ويبطل اذا رفض الموافقة ، وهذا معناه ان العقد متقيد بمباشرة المرأة له ، وهذا غير ما قرره جمهور الفقهاء.

وانه لايشترط مشاركة الولى فى الاختيار اذا بلغت سن الرشد سواء بلغت سفيهة ام بلغت رشيدة ، فليس الشرط لتولى امر زواجها هو الرشد، انما الشرط هو بلوغ سنه ، سواء أكانت رشيدة أم كانت سفيهة ، كما اشارت الى ذلك المادة (٢٧) من المشروع .

المبدأ الثالث ـ الذى اتى به هذا المشروع مخالفا لما كان معمولا به قبل ، وهو لا يتعلق بالبلوغ ، بل **يتعلق بالجنون** ، ولكن نذكره استطرادا وتكميلا للمبادىء الجديدة فى هذا المقام ، وهو أن المجنونة والمجنون لا يجوز زواجهما الا باذن من المحكة المختصة ، سواء أكان ذكرا ام انثى، والمحكمة يرجع اليها فى ثبوت الجنون والعته، ولها أن تستعين برأى الخبراء من الاطـــــباء .

هذه هى المبادىء الجديدة فى هذا المقام التى اتى بها مشروع قانون الاحوال الشخصية .

ب ـ انتهاء الولاية على المجنون

الافاقة وكيف تكون :

انتهاء الولاية على المجنون بزواله ، سواء أكان جنونا مطبقا ، أم كان جنونا متقطعا ، فاذا كان الجنون متقطعا تثبت الولاية على نفسه ما دام الجنون قائما ، فاذا زال فانه لا تثبت عليه ولاية . ولقد يفرق بعض الفقهاء بالنسبة للجنون غير المطبق ، فيقولون ان كانت للافاقة أوقات معلومة ، وللجنون أوقات معلومة ، فيكون فى أوقات الجنون له أحكام القصر ، وتثبت عليه الولاية على النفس والولاية على المال معا ، وفى أوقات الافاقة يكون حكمه حكم المميزين العقلاء ، ولا تثبت عليه الولايتان ، وان كانت الاوقات فى الافاقة غير معلومة ، فان الولاية تثبت عليه على الدوام ، اذ انه فى أوقات الافاقة يكون فى حكم المعتوه ، وذلك لانه لا تعرف حاله ، فلا يدرى أهو فى حال من يستطيع المحافظة على نفسه ، أم لا ، والاحتياط أن يكون تحته ولاية مراقبة دائمة ، تحميه مما يتردى فيه ، وتحفظ له .

وهذه بلا شك نظرة احتياطية . ولكنها ليست واقعية .

والاكثرون من الفقهاء على انه لا يكون قاصرا الا فى وقت الجنون ، ولا يكون قاصرا وقت الافاقة ، سواء اكانت افاقته معلومة الاوقات ام غير معلومة الاوقات .

وقد اتفق الفقهاء على انه اذا كانت افاقته معلومة الاوقات ، فان الولاية لا تثبت عليه الا فى الجنون ، ولا تثبت عليه فى غير أوقات الجنون .

هذا بالنسبة للجنون غير المطبق ، أما بالنسبة للجنون المطبق، فان الولاية تثبت عليه فى كل الاحوال ولو كان يستفيق فى أوقات مختلفة ، ولكنها ليست طويلة بحيث تدل على الشفاء مما ألم به من مرض .

العـلة فى الولاية :

من هـذا الـكلام يتبين أن العلة فى الولاية هو الجنون ، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما ، فاذا وجدت العلة وجد الحكم ، وان زالت العلة زال الحكم ، والعلة هى الجنون أو ضعف العقل ، ولقـد جاء فى « شرح تبيين الحقائق على كنز الدقائق » للزيلعى ما نصـه :

« ان الله سبحانه وتعالى خلق البشر اشرف خلق ، وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام ، وهو العقل وبه يسعد من سعد ، وذلك ان الله تعالى ركب فى البشر العقل والهوى ، وركب فى الملائـكة العقل دون الهوى ، وركب فى البهائم الهوى دون العقل، فمن غلب من البشر عقله على هواه كان أفضل من الملك مما يقاسى من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ، ومن غلب هواه علىعقله كان أردأ من البهائم ، قال تبارك وتعالى « ان هم الا كالانعام ، بل هم أضل » فجعل بعضهم ذوىالنهى، وجعل منهم أعلام الدين ، وائمة الهدى « ومصابيح الدجى ، وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل ، والعته الموجب لنقصـانه » .

وان هذا بلاريب يفيد أن الابتلاء الذىاختبر الله تعالى به عباده ، وهو فقد العقل أو ضـعفه هو المسبب فى ثبوت الولاية على المجنـون والمعتوه ، فاذا وجد السبب وجد معه المسبب وهو ثبوت الولاية ، واذا زال ذهب معه ثبوت الولاية .

ثبوت الولاية فى الجنون العـارض :

هل يحتاج ثبوت الولاية على المجنون الى حكم من القضاء بوجود الجنون ؟ قال الفقهاء اذا ثبت الجنون ، فان الولاية تثبت عليه من وقت تحقق الجنون ، وتزول عنه من وقت زواله ، أو التأكد من زواله ، وانه اذا قام الدليل على وجود حال الجنون ، فان الولاية أو الحجر عليـه يثبت عليه من ذلك الزمن .

هـذا هو حكم الفقه فى كل المذاهب الاسلامية ، ولاخلاف بينهم فى هذا ؛ لأن الجنون واقعة ثابتة يعرف زمان وجودها وزمان زوالهـا ، وليس أمرا تقديريا تختلف فى تقديره الآراء كالسفه والغفلة ، فان الانظار تختلف فيهما ، فكانا فى حاجة الى حكم القضاء لثبوتهما وزوالهما عنـد

جمهور الفقهاء خلافا للامام محمد بن الحسن الشيباني صاحب ابي حنيفة رضي الله عنهما .

ولكن جاء **القانون المصرى فى تنظيم الولاية** — ينص على ان الحجر على المجنون والمعتوه لايزول الا بحكم كالحجر على السفيه وذي المغفلة ، كما نصت على ذلك المادة ٦٥ منه : « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العته ، أو للغفلة أو للسفه ، ولا يرفع الحجر الا بحكم » .

وجاء القانون المدني المصري بمثل ذلك . ولعل وجهة نظره هو ما قرره الفقهاء بالنسبة لحكم استصحاب الحال أو ما يشهد له الظاهر ، فانه قبل عارض الجنون يتخذ باستصحاب الحال حكم العقلاء ، حتى يقوم الدليل على ما يفيد تغير الحال ، وتقدير الدليل للقضاء ، وبعد الحكم بجنونه ، يكون ظاهر الحال بقاء حكم الجنون ، حتى يقوم الدليل على خلافه ، وتقدير الدليل يكون بحكم القضاء .

وقد يكون ذلك ظاهرا بالنسبة لتقرير من يخضع للولاية المالية ، ويترك الأمر قبل الحكم لتقدير المتعاملين معه ، ولذلك قرر القانون المدني المصري انه اذا كان ظاهر الجنون ظاهرا ، وذلك لا يخفى على الناس ، واستغل ذلك بعض الناس وأساء الى المجنون ، فان الولي الذي يعين من بعد يكون له الحق فى ابطال العقد ، أو بيان انه صدر باطلا لسوء استغلال المتعامل لضعف عقله .

هذا بالنسبة للولاية المالية — أما بالنسبة للولاية على النفس ، وهي تثبت بموجب القرابة ، فان الظاهر انها لا تحتاج الى حكم من حيث القيام بحق الاحتياط له وصونه ، والمحافظة على سلامة بدنه ، وابعاده عن مواضع الاستهانة بكرامته .

ولننظر من بعد فى قوانين البلاد العربية :

القانون الأردني والعراقي لم يكن نص فيهما على انتهاء الحجر على المجنون ، وقد ترك ذلك لما اجمع عليه الفقهاء ، من انه يجب أن يقوم الدليل على زوال المرض قبل رفع الولاية ، لأن الجنون ثبت بيقين ، فلا يزول الا بيقين مثله .

والقانون السوري يقاربه فى هذا المعنى ولا يباعده ، فقد نصت المادة ٢٠٠ على ذلك وهذا نصها :

١ ـــ المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقـــة .

٢ ـــ السفيه والمغفل يحجران قضاء وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة ، ويقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه ، أو بوثيقـــة على حـــدة .

ونرى من هذا انه يقرر الفقه من أن الحجر ليس سببه القضاء ، انما يناط بذات الجنون والعته ، وبالمقابلة بين الفقرة الاولى ، والفقرة الثانية ، يتبين أن الولاية تثبت من وقت وجود سببها بالنســـبة للولاية على النفس ، لأن مناطها وقربها احتياجهما الى اقامة أو تعيين ولى ، واقامته لبيـــان الحق .

والقانون المغربى كذلك لم ينص فى هذا الموضوع ، والأمر يرجع الى ما قرره الفقهاء ، وخصوصا ما جاء بمذهب الامام مالك رضى الله عنه، فقد جاء النص فى الظهير المغربى بالرجوع الى المذهب المالـــكى فى كل ما لا نص فيه فى القانون ، وقد نصت على ذلك المادة ٨٢ ، وهذا نصها :

كل ما لم يشمله هـــذا القـــانون يرجع فيه الى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمـــل من مذهب الامام مالك .

والقـــانون التونسى نص على حال ثبوت الولاية على المجنون ، وحال سقوطها ، وفصل القول فى ذلك بأكثر مما جاء فى القانون المصرى ، وقد جاء هـــذا فى المواد ١٦٠ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٧ ، ١٦٨ ، وهـــذه نصـــوصهـــا :

المـــادة ١٦٠ ـــ المجنـــون هو الشخص الذى فقد عقله . سواء أكان جنونه مطبقـــا يستغرق جميـــع أوقاته أم متقطعا تعتريه فترات ثبوت عقلـــه .

أما ضـــعيف العقـــل فهو الشـــخص غير كامل الوعى السيىء التدبير الذى لا يهتـــدى الى التصرفات الرابحة ويغبن فى البياعات .

المـــادة ١٦١ ـــ يتعين الحجر فى الحالات المبينة فى الفصـــل المتقـــدم بحكم من الحاكم ويعتمـــد فيه الحاكم أهل المعرفة .

المـــادة ١٦٢ ـــ التصرفات التى يقوم بها المحجور عليه بدون مســـاعدة ولى تـــكون باطلة اذا لم يجزها الولى .

المادة ١٦٣ — تصرفات المجنون غير نافذة ، وتصرفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن ابطالها ، اذا كان مشتهرا بضعف العقل وقت ابرامها .

المادة ١٦٧ — الحجر الواقع بحكم القاضى لا يرفع الا بحكم ، ما عدا صورة المحجور عليه للصغر .

المادة ١٦٨ — للمحجور عليه مهما يكن سبب الحجر حق القيام بدون واسطة لدى المحاكم بطلب رفع الحجر عنه .

ويستفاد من هذا النص ثلاثة امور :

اولها — ان الحجر لا يكون الا بحكم ، فالجنون لا يثبت الا بحكم ، ولا شك أن ذلك يمنع ظلم بعض الضعفاء فقد يدعي قوى في أسرة الجنون على ضعيف فيها ، فكان لابد من أهل الخبرة . ولكن لم يبين القانون اذا ثبت الجنون بحكم القاضي ، أيثبت مستندا الى وقت الوقوع أم يثبت من وقت الحكم ؟ لم يبين ذلك صراحة ، والظاهر انه يثبت مستندا الى وقت الوقوع بالنسبة للجنون ، ويثبت مستندا الى وقت الحكم بالنسبة لضعف العقل ، كما تدل على ذلك المادة ١٦٣ ، فانها تقول : تصرفات المجنون غير نافذة « اى باطلاق سواء أكان التصرف قبل الحكم او بعده ، مادام الجنون قد حكم به . أما تصرفات ضعيف العقل ، فانها تنفذ ، ولكن تكون قابلة للابطال اذا كان مشتهرا بضعف العقل وقت ابرامها ، وقبل الحكم بالحجر ، اما بعد الحجر فانه لا تصرف للمحجور عليه ، وكل تصرفاته قابلة للابطال .

الأمر الثاني — ان رفع الحجر عن المجنون لا يكون الا بحكم ، كما اشرنا في القانون المصرى ، وكما صرحت بذلك المادة او الفصل ١٦٧ ، فانه صرح بأن كل حجر كان بحكم ، لايرفع الا بحكم ، لأنه لا يسقط اثر القضاء الا قضاء مثله في موضوعه .

الأمر الثالث — هو اعطاء المحجور عليه حق المطالبة برفع الحجر من غير أن يتولاه احد ، وذلك بلا ريب عندما يزول السبب الذى أوجب الحجر ، ومقتضى هذا انه يرفع عنه الحجر فيما يتعلق بالخصومة في سبب الحجر وزواله .

ولنـــا ملاحظتـــان على عبـــارات القـــانون :

الملاحظـــة الأولى ـــ فى المـــادة ١٦٢ ، اذ أنها تصرح بأن تصرفات المحجور عليه بدون مساعدة الولى تـــكون باطلة اذا لم يجزها الولى ، ومقتضى ذلك التعبير انها تكون صيغتها صالحة لأن ينشئ بها تصرف يكون قابلا للاجازة من الولى، وذلك معقول بالنسبة لضعيف العقل والسفيه ، ولكنها غير معقولة بالنسبة للمجنون ، لأن الصيغة التى ينشئها المجنون وهو فاقد الأهلية تولد ميتة ، فتكون كلغو القول غير قابلة للاجـــازة ، ولعل المادة ارادت ضعيف العقل والسفيه فقط .

الملاحظة الثانية ـــ أن المـــادة ١٦٧ ـــ تقول أن الحجر الذى نشأ بحكم لا يلغى الا بحكم واستثنت الصغر ، والصغر لم يدخـــل فى الجزء الأول من المادة ، لأن الحجر للصغير لاينشأ بحكم ، فلاموضع للاستثناء فيكون استثناؤه هنا لغوا .

والقانون السودانى لم ينص على حال الجنون متى تبتدىء ، ومتى تنتهى مع كثرة المنشورات التى تعرضت لأحكام الاحوال الشخصية التى اخذ أكثرها من مذهب الامام مالك .

ولذلك يرجع فى هذه الأحكام الى مذهب ابى حنيفة اذ أنه تضى فى اللائحة الصادرة سنة ١٩١٥ على ان ما لانص فيه فى اللائحة ، أو ما لم يغير بمنشورات تأخذ حكم القانون ، فانه يؤخذ فيه بمذهب أبى حنيفة.

والحقيقة أنه فى هذه القضية يتلاقى فيها مذهب أبى حنيفة ومذهب مالك ، فالحجر بالجنون يبتدىء من وقت وجوده ، وان كان الحكم قـــد صدر بالحجر متأخرا ، فان الحجر يمتد بالاستناد ، أو كما يعبر القانونيون باثر رجعى الى وقت الوقوع ، وينتهى الحجر لأجل الجنون بزواله ، ولا شك انه اذا فصل القضاء اتبع ما يقضى به ، واذا كان ثمة حال شك فى استفاقته ، فان القضاء مستمينا بأهل الخبرة هو الذى يفصل ، واذا ثبت بين يديه أن حال الافاقة كانت قائمة ، وحـــاول الولى على النفس اخفاءها لغرض فى نفسه ، فان القضاء يضع عقوبات رادعة لمثله ، أو يحيله على القاضى المختص بتقرير عقوبات على من يحرم غيره من حريته .

ج ـ انتهاء الولاية فى الانوثة ...

بالنسبة للحفظ والصيانة :

تنتهى الولاية على النفس بسبب الأنوثة ببلوغ الأنثى السن التى تكون مأمونة على نفسها ، ولا تحتاج فيها الى من يجنبها الأخطار التى تتعرض فيها كرامتها وعرضها وكرامة الأسرة التى تنتمى اليها للهوان ، أو تبلغ من المنزلة العلمية والعملية ما تستطيع به ان تصون نفسها ، وتحميها من غير معونة من وليها .

ولاشك ان ولاية الحفظ والصيانة تنتهى بالزواج ، اذ أن الحفظ والصيانة سيكونان على الزوج بحكم العلاقة الزوجية ، لا بحكم الولاية على النفس .

وعلى ذلك لا ولاية على النفس على المراة العاملة التى تكون قد بلغت سن النضج ، الا اذا ثبت فعلا انها قد زلت ، أوصارت عرضة للزلل ، وأحسب أن المنطق الفقهى يوجب فى هذه الحال ان يكون ثمة حكم قضائى ، لأن الولاية قد زالت بحكم انها صارت مأمونة على نفسها ؛ فاذا ثبت نقيض ذلك ، فان الولاية لا تعود الا بحكم قضائى ، لأن المسألة تصير موضع نظر ، وفيصل التفرقة هو القضاء .

بالنسبة للزواج :

هذا بالنسبة لولاية الحفظ والصيانة التى هى احدى شعبتى الولاية على النفس ، اما بالنسبة لولاية التزويج ، فان الولاية على النفس مستمرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة لولاية الشركة او ولاية الاختيار ، لأن سببها الأنوثة ، فتبقى ما بقيت الانوثة من غير انتهاء على ما سنبين ان شاء الله تعالى فى ولاية التزويج .

اما ولاية الاجبار ، فعند جمهور الفقهـــاء تنتهى بالبلوغ الطبيعى ، وقد عدلت القوانين المختلفة ومشروع الجمهورية العربيـــة المتحدة السن التى تخرج فيه الفتاة من حدود الاجبـــار .

ومذهب الشـــافعى أن ولاية الاجبار تستمر ما دامت المرأة بكرا ، فللولى ان يجبرها على الزواج ما دامت كذلك ، لأن البكارة عنده هي السبب فى ولاية الاجبار ، فلا تثبت ولاية الاجبار قبـــل البلوغ اذا كانت ثيبا . وبالتالى لا تثبت عليها ولاية تزويج اذا صارت ثيبا وهى صغيرة ، على ما سنبين ان شـــاء الله تعالى .

ومذهب مالك ــ أن ولاية الاجبار تزول من الثيب اذا بلغت ، وتكون باقية اذا لم تبلغ البلوغ الطبيعى .

وأما البكر فان ولاية الاجبار تستمر عليها حتى تبلغ الثلاثين ، أو الثالثة والثلاثين ، على الاختلاف فى ذلك عند مالك رضى الله عنه ، وقد نبين ذلك عندما نتكلم فى حدود ولاية التزويج ان شـــاء الله تعالى .

الأولياء على النفس ومراتبهم وشروطهم

الولاية عند الحنفية : الأوليـــاء على النفس عند الحنفية ، لا فرق عندهم بين ولى مجبر ، وولى غير مجبر ، بل الولاية عندهم تثبت عندما تثبت لمن تثبت لهم من غير تفرقة بين ولاية اجبارية ، وولاية اختيـــار ، وولاية الاختيار عندهم لها مظهران :

اولهما ـــ المشاركة فى اختيار الزوج عند من يرى المشـاركة واجبة ، واستحباب المشاركة لمن يراها مستحبة ، وهو أبو حنيفـــة ورواية عن ابى يوسف رضى الله عنهما .

المظهر الثانى ـــ هو حق الاعتراض اذا زوجت البـــالغة العـــاقلة نفسـها من غير كفء ، أو بمهر دون المثل ، فان ابا حنيفة يرى أن الزواج فى هذه يكون غير لازم ، وللولى حق طلب الفسخ ، وروى الحسن بن زياد اللؤلؤى عنه ان النــكاح يكون فاسدا ، على ما سنبين فى ولاية التزويج ان شـــاء الله تعالى .

وغير الحنفية يفرقون بين الولى الذى له ولاية الاجبـــار ، والولى الذى له ولاية الحفظ والصيانة وولاية الاختيـــار فى الزواج .

الاوليـــاء عنـــد الحنفيـــة

ثبوت الولاية للعصبات : لنبتدىء بالكلام على الأولياء عند الحنفية ، والولاية بنوعيها تثبت باتفاق الحنفية للعصبات ، وقد ثبت ذلك لديهم بالقرآن والسنة والقياس ، أما القرآن فقوله تعالى : « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم فى الـكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن ، وترغبون أن ينكحوهن » فقد ذكر أن ام المؤمنين عائشـة رضى الله عنها قالت انها نزلت فى اليتيمة التى تكون فى حجر وليها ويرغب فى نكاحها ، ولا يعدل معها فى صداقها ، وهذا يدل

على ان ولاية الاجبار لغير الاب والجد ثابتة لغير المحارم من ابناء الاعمام، والوصف الذى يربطها به ويجعله وليا عليها هو كونه عصبة .

واما الدليل من السنة ، فهو قوله : « الانكاح الى العصبات » . ولقد زوج النبى صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة من ابن أبي سلمة وهما صغيران ، وما كانت تربط بينه وبينها الا رابطة العمومة ، وبهذا يثبت أن ولاية الاجبار تثبت لكل العصبات .

واما من جهة الراي والقياس ، فان الولاية على النفس تثبت للزواج ، وتثبت لرفع العار عن الاسرة ، وتثبت للحفظ والصيانة ، وذلك أن الذين ينالهم الأذى من عدم صيانة الشخص هم عصبته ، فهم الذين يتكافلون معه فى دفع الأذى ، فيشاركون فى الديات عن الدماء اذا جن ، فكان لهم بذلك حق حياطته وصيانته والمحافظة عليه .

وانه باتفاق الفقهاء ولاية الاختيار تكون للعصبات ، فمنع بعضهم من الولاية عند الصغر او القصر تفرقة من غير سبب ، وسبب الولاية هو الضعف ، فيطرد ذلك السبب ، ويوجب الحق للولى فى دفع العجز ، حيث يكون العجز .

ثبوتها لبقية الاقارب :

وقال ابو حنيفة مخالفا الصاحبين من تلاميذه ان الولاية على النفس تثبت لبقية الاقارب ، اذا لم تكن عصبات بأنفسهم ، لا فرق فى ذلك بين ذكر وانثى عند ابى حنيفة رضى الله عنه ، لان الانثى عنده تتولى انشاء الزوج ، ولذلك بعد العصبات من الرجال تكون الولاية عنده ، للأم ، ثم بنت الابن ، ثم بنت ابن ابن الابن ، ثم بنت البنت ، وهكذا ، ثم الجد أبو الأم ، ثم الأخت الشقيقة ، ثم لأب ، ثم الاخوة أو الاخوات لأم ، ثم الاخوال والخالات ، ثم بنات الاعمام والعمات ، وهكذا .

والاصل الذى قام عليه الخلاف بين الامام والصاحبين ان الامام يرى ان سبب الولاية هو القرابة وقوة الشفقة ، والصاحبان يريان أن سبب الولاية هو التعصيب ، لان العصبات هم عاقلة المولى عليه الذين ينالهم عار الزواج ، وهم الذين يجب عليهم الحفظ والصيانة . ولان النبى صلى الله عليه وسلم قصر الانكاح الى العصبات ، والقصر نفى واثبات ، فهو قد نفى الولاية عن غيرهم وأثبت الولاية لهم ، والحفظ والصيانة يتبع الشفقة وقوة القرابة ولحوق العار من الفساد ، وذلك كله يكون للعصبات دون غيرهم .

وفوق ذلك أن الحفظ والصيانة يكون للرجال دون النساء ، لأن الرجال هم القادرون على ذلك ، والنساء لا يقدرن عليه .

وأما أبو حنيفة فانه ينظر الى الشفقة لانها سبب تلك الولاية ، اذ هى للرعاية والصيانة ، وحسن القيام على شئون القاصرين الذين يعجزون عن أن يقوموا بشئونهم بأنفسهم ، ويحتاجون الى حماية فى وسط المجتمع الصاخب المائج ، ولاشك أن الاقارب ، وأنكانوا غير عصبات أولى من السلطان أو من ينيبه ، لانهم أشفق ، ولان القاضى لا يتولى بنفسه بل يتولى بنائبه الذى يقيمه . ولقد اثر عن عبد الله بن مسعود انه اجاز لامراة ان تتولى عقد زواج بنتها ، وما كان لمثله ان يجيز تزويج امراة ، الا وهو يعلم أنه من الدين ، وليس مخالفا له .

ترجيح راى ابى حنيفة :

وقد رجح كمال الدين بن الهمام من فقهاء التخريج فى المذهب الحنفى راى ابى حنيفة .

وان قول الامام ابى حنيفة فى مذهبه يكون هو الراجح على غيره ، الا اذا نص علماء الترجيح فى هذا المذهب على ترجيح غيره ، ولم تصريح بترجيح راى غير الامام ، بل انكمال بن الهمام ، كما رايت صرح بترجيحه.

وعبارات القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ تشير بالشارة مبهمة غير بينة الى الاخذ براى الامام فى ذلك وهذا نصها كما جاءت بها المادة ١٢ :

« يقصد بالولى فى تطبيق احكام هذا القانون الاب ، والجد والام والوصى ، وكل شخص ضم اليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص » .

ولا شك أن كون الام واليا على النفس لا يوجد الا فى راى ابى حنيفة، ولكن أضيفت عبارات أخرى مثل عبارة « والوصى وكل شخص ضم اليه الصغير » . ومع ذلك لايمنع هذا من انه أخذ براى ابىحنيفة ، وخصوصا أن ما لانص فيه من الاحكام الفقهية يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبى حنيفة وقد تبين الراجح .

وننتهى من هذا الى أن المذهب الحنفى يعتبر الأولياء على النفس للحفظ والصيانة والتزويج ، سواء أكانت الولاية فيه للاجبار ، أم ولاية

اختيار ، هم منذكرنا مع تفاوت مراتبهم ، والاختلاف مقصـــور حول غير العصبات بأنفسـهم . وغيره من المذاهب هو الذى يكون فيه التفريق بين الاولياء بنوع الولاية .

الاولياء عند غير الحنفية :

وغير الحنفية تنقسم الولاية عندهم الى ولاية الحفظ والصيانة . والى ولاية التزويج ، وهى تسمان ولاية الاجبار ، وولاية الاختيار .

ونتكلم اولا فى ولاية الاجبار : وهى التى يستبد فيها الولى بالزواج من غير رأى المولى عليها . وقد اختلف الفقهاء غير الحنفية فيمن تثبت له ، وان كانوا جميعا ، يدورون حول قطب واحد وهو وضعها فى اطار الاصول من العصبات دون غيرهم ، وذلك لان الولاية فى التزويج تتعلق بمستقبل القاصر فى حياته كلها ، اذ أن العقد هو عقد الحياة ، ويجب أن نجد الولاية فيه ، فتقتصر على من تكون حياته امتدادا لحياتهم وتتوافر فيهم الرغبة فى المصلحة ، وكمال الشفقة ، وتوافر الرعاية الحسنة ، واولئك هم الاصول من العصبات دون غيرهم . ومع قصرهم الولاية فى هذه الدائرة الضيقة منهم من اشتد فى التضييق .

وعلى راس المضيقين **الامام مالك** رضى الله عنه ، فقـــد قصر ولاية الاجبار على الأب وحده ، وعلى وصى الاب بالتزويج وبهذا يكون قد قصر الولاية على الأب ، واختصه بها لكمال شفقته ، ولانه لا يمكن أن يقيد ولده بقيد طول حياته الا اذا كان قد قدر له مصلحة لا شك فيها ، وخصوصـا اذا كان كامل النظر ، مع وفور شفقته .

ولما كان الأب له ذلك الاختصاص بوفور الشفقة وكمال الرعاية، فانه اذا خشى الموت من غير ان يحقق مصلحة ولده الصغير أو ابنته فى حياته، ورأى رجلا ثقة امينا مأمونا ، فعهد اليه بذلك بعد وفاته ، جاز ، ولذلك تثبت هذه لوصى الاب، كما تثبت له، لانه نائبه بعد وفاته وكما أن له التوكيل فى حياته، فله الايصاء بعد وفاته ، والايصاء فى مضمون معناه ليس الا انابة .

والامام احمـــد كالامام مالك رضى الله عنهما يضيق نظام الولاية فى الاجبار ، فيقصره على الأب ، وعلى وصى الأب بيد انه يشترط فى الوصى ان يكون الأب قد عين له من يزوجه من وليه ، ولا شك أن هذا تضييق لعمل الوصى أكثر من الامام مالك لان الامام مالكا فوض للوصى ، من غير أن يعين له شخصا معينا ، بأن يعد متجاوزا للوصـــاية اذا زوج من غيره .

وان هذا التخصيص معقول المعنى ، لان معناه ان يكون الأب قد اختار زوجا لولده ، ولكنه خشى ان تسبقه المنية قبل تتميم رغبتـــه فأوصى بهذا الايصاء ، وذلك يدل على فرط رغبته في اختيار من اختاره ، فيكون كأنه قد وكل ذلك الوصي لخشية الفوات ، وفي الحقيقة ، يعد الأب في هذه الحال من حيث المعنى كأنه هو الذى زوج ، لان عمل الوصي امتداد واضح لارادته، اذ عين موضوعها .

وقال الشافعي ان ولاية الاجبار تكون فقط للأب والجد ، ولا يكون للوصي ، ومذهبه في الواقع مبني على مذهب مالك واحمد بيد انه اعتبر الجد العاصب كالاب من كل الوجوه اذ هو اب في الاحكام عند فقد الاب ، ولان له من وفور الشفقة ، وحسن النظر ما للأب تماما ، وان كان دونه في الترتيب، لان قرابته عن طريق الأب فهو يدلى الى القاصر عن طريقه ، فيكون اقرب منـــــه .

وان مذهب هؤلاء الأئمة الثلاثة يقوم على أن الولاية الاجبارية لا تثبت الا للحاجة. وهؤلاء الصغار ليسوا في حاجة الى الزواج ، ولكن لان الأب وافر الشفقة يعرف مصلحة أولاده ، فتثبت له الولاية لكمال شفقته ، فهي تثبت له على القياس ، وقد تبتت في الأب لهذه المصلحة ، والشافعي ألحق الجد العاصب بالأب ، لأنه أب ، ووافر الشفقة مثله ، فيثبت له مايثبت له بحكم التساوي في سبب الثبوت .ولا يقاس غير الاب والجد عليهما لانه ليس كامل الشفقة ، وافر الايثار للقاصرين مثلهما .

والولاية عند الشـــيعة الزيدية قـــريبة من المذهب الحنفي ، وعند الشيعة الامامية قريبة من المذهب الشافعي ، فانهم يثبتون ولاية الاجبـــار للأب والجد فقد ، ولا يثبتونها لغيرهما .

الترتيب بين الأولياء في المذهب الحنفي :

ولنترك الكلام فيمن تثبت عليه ولاية الاجبار الى الكلام في الترتيب في ولاية التزويج فهو فيها أنسب .

وقد ذكرنا أن المذهب الحنفي ، فيه أن الولي في الاجبـــار والاختيار واحد ، وهو أيضا الولي في المحافظة والصيانة ، وقد قرر الفقهاء بالاجماع أن الولاية في الاختيار والمحافظة للعصبات ، وترتيبهم كترتيبهم في الميراث مع ملاحظة أن الولاية عندهم للرجال دون النساء ، لانهم هم الذين يحصنون

الاختيار فى المشاركة ، وهم الذين يستطيعون المحافظة ، وترتيبهم هنا كترتيبهم فى الميراث ، والاختلاف بينهم فى بعض العصبات منشؤه اختلافهم بالنسبة له فى الميراث .

ومن المقرر أن ترتيب الميراث هو أن يكون التقديم بقرب الجهة ، فتقدم جهة البنوة علىجهة الأبوة ، وجهة الابوة علىجهة الاخوة ، وجهة الاخوة علىجهة العمومة ، والعمومة جهات فأولاد الجد الاول جهة ويتقدمون على اولاد الجد الثانى وأولاد الثانى على الثالث وهكذا ، اذ كل واحدة منها جهة ، صلتها بمن قبلها كصلة العمومة بالاخوة .

وان كانوا جميعا من جهة واحدة فانه يقدم الاقرب درجة ، فيقدم الابن على ابن الابن ، ويقدم الاخ ولو لأب على ابن الاخ ، ولو كان شقيقا ، ويقدم الأب على الجد ، ويقدم العم على ابن العم .

وان اشتركوا فى قرب الدرجة قدم اقواهم قرابة فمن تكون قرابته لابوين يقدم على من تكون قرابته للأب فقط ، فيقدم الاخ الشقيق على الاخ لأب ، وابنالاخ الشقيق على ابن الاخ لأب ، ويقدم العم اخو الاب شقيقه على العم اخى الأب لأب ، وهكذا .

وقد جرى خلاف فى المذهب الحنفى بين فقهائه ، وخلاف له مع غيره ، اما الثانى ، فنؤجله الى الكلام فى المذاهب الاخرى. واما الذى فى المذهب الحنفى ، فنبينه فيما يلى :

(أ) كان مقتضى الترتيب السابق ان يقدم ابن المعتوهة على ابيها ، لان جهة البنوة مقدمة على جهة الابوة وهذا هومقتضى القياس ، وقد قال به الشيخان أبو حنيفة وابو يوسف ، لان الجهة هى السبب فى تقديمه ، وقال محمد : الاب فىهذه الصورة مقدم، لمعنىاستحسانى، وهوانه اوفرشفقة ، واكثر خبرة فكانت ولايته اقوى ، ولانه الاب تثبت له الولاية على النفس وعلى المال معا ، بينما الابن لا تثبت ولايته الا على النفس فقط ، فكان هذا دليلا على ان صلة الأب من حيث الولاية اقوى ، والعرف فى كل الامصار والعصور يسير على هذا التقديم .

وروى عن ابى يوسف انه قال ايهما زوج فزواجه صحيح ، لانهما متساويان فى قوة الولاية ، فالأب قوى بوفور شفقته وخبرته ، والابن قوى بقرب جهته ، فكانا بهذا كأنهما فى درجة واحدة ، واذا اجتمعا قدم الأب على هذه الرواية عن أبى يوسف .

ويقول صاحب البدائع " الافضل ان يفوض الابن الانكاح الى الاب احتراما له ، واحترازا عن موضع الخلاف .

(ب) من المقرر ان الاقوى قرابة يقدم فى الولاية ، فمن كان لابوين يقدم على من كان للأب فقط ، ولكن الامام زفر بن الهذيل خالف فى ذلك بالنسبة للأخ الشقيق والاخ لأب ، فقال ان الاخ لأب فى ولاية التزويج كالاخ الشقيق ، تماما ، لانهما قائمان مقام الأب ، وصلة الاخ لأب كصلة الاخ الشقيق ، ولا رجحان لاحدهما على الآخر فى النسبة اليه ، ولأن أساس الولاية فى الزواج القرابة الابوية ، فلا عبرة لقرابة الام ، فتعتبر هنا فى حكم اللغو ، فلا تعتبر هنا قوة ولا تثبت ترجيحا .

وحجة الامام والصاحبين ان الولاية للعصبات ، وهى فى ترتيبها كالميراث ، والاخ الشقيق مقدم على الاخ لأب فى الميراث ، فيتقدم هنا ، والأم ليست ملغاة فى القرابة المورثة ، فكذلك هنا وهو تثبت قوة الشفقة فى الشقيق .

(ج) مما تقرر يتبين أن جهة الأبوة مقدمة على جهة الأخوة ، وكان مقتضى هذا أن الجد الصحيح وهو ابو الأب وان علا اذا لم تتوسط بينه وبين المولى عليه أنثى يكون مقدما على الاخوة الاشقاء أو لأب ، وظاهر عبارات فقهاء الحنفية أن ذلك بالاتفاق عندهم ، ولكن ذكر الحسن الكرخى أن تقدمه هو رأى ابى حنيفة ، اما راى الصاحبين فهو انهم معه على سواء ، فيعتبر كأخ شقيق ، ان كانوا اشقاء ، وكأخ لأب ، ان لم يكن الا اخوة لأب ، وذلك لأن أبا حنيفة يقدمه عليهم فى الميراث ، فيتقدم عليهم فى الولاية ، والصاحبان يجعلانه معهم فى الميراث ، فيكون معهم فى الولاية ايضا .

ولقد ذكر السرخسى فى مبسوطه ان الاصح هو ان تقديم الجد رايهم جميعا ، وذلك الراى له مقامه فى الاعتبار ، لأن الميراث يقوم على مجرد الصلة العصبية ، أما الولاية ، وخصوصا ولاية الحفظ والصيانة ، فانها تقوم على الشفقة والرعاية ، ولا خلاف بين الناس فى أن الجد أكثر رعاية للقاصر من الاخوة ايا كانوا .

(د) اذا لم يكن الا ولى واحد فانه يكون هو الولى وحده ، واذا تعددوا ، قدم الاولى منهم على حسب الترتيب السابق ، الذى ذكرناه . فان تعددوا وكانوا فى درجة واحدة ، ولا وجه لتقديم احدهم على الآخر

تثبت الولاية لكل واحد منهم كاملة ، لأن الولاية لا تقبل التجزئة ، وعلى ذلك يكون لكل واحد منهم ولاية التزويج ، وولاية الحفظ ، والقاضي يختار بالنسبة للحفظ واحدا منهم يراه أكمل خلقا وأوفر رعاية ، مع أن الباقين لا يتخلون عن الرعاية الواجبة بحيث يحوطه الجميع بالصيانة والحفظ وإن كان المسؤول لدى القضاء أحدهم .

(هـ) وإذا لم يكن ولي عاصب ، فقد علمت أن أبا حنيفة لا ينقل الولاية الى من يعينه القاضي ، بل يجعلها لبقية الاقارب ، على النحو الذي بيناه ، أما الصاحبان فانهما يقرران أن الولاية ان لم يكن عصبات تنتقل الى من يعين القاضي ، لأنه لا يوثق في الحفظ والصيانة ، وحسن الاختيار في الزواج وخشية العار الا من يكون من العصبات .

والقاضي الذي يؤول اليه أمر الولاية على القاصرين هو القاضي الذي نص في مرسومه على أن له حق الولاية على شؤون القصر .

مذهب مالك :

المذهب المالكي يجعل ولاية الاختيار ، وهي أيضا ولاية الحفظ والصيانة تكون للعصبات بترتيبهم في الميراث :

(١) فتكون للابن ، ولو كان الابن من زنى ، لأنه العصبة . وعلى ذلك لا يكون للأب عنده ولاية مع وجود الابن .

(٢) فان لم يكن ابن ، فالولاية تكون للأب ثم للاخوة الاشقاء أو لأب على الترتيب بينهم والجد دونهم وان كان معهم في الميراث على سواء عند المالكية ، وجهة الاخوة بشكل عام تتقدم على حسب الدرجة .

(٣) وتجيء بعد ذلك جهة العمومة على الترتيب الذي بيناه من قبل .

(٤) ثم تكون لمولى العتاقة ، لأنه عصبة ، وان كانت عصبته سببية ، وليست نسبية .

(٥) كافل اليتيم وان كان أجنبيا عنه ، فمن كفل صغيرة حتى بلغت عشر سنين ، وخيف عليها الفساد ، فله أن يزوجها باذنها ، وكذلك من بلغت . واشترط المالكية في الزواج بالكفالة ولو أجنبية ألا تكون من أسرة شريفة معروفة بل تكون ممن لا أسرة لها تعنى بأمرها ، فان الولاية

لمن عنى بالفعل ان لم تكن أسرة تعنى بها ، لأنه حفظها وصانها ، فحق له أن يستمر على ما ابتدأ بمشاركتها فى اختيار زوجها .

وانه بتطبيق هذا المبدأ تكون الولاية على النفس بالنسبة للتبسط لمن التقطه ، لأنه هو الذى تكفل به ورباه ، وهـذا مبـدا قويم جـدير بالاعتبار ، لأنه اذا كان اهل القاصر قد أهملوه ، فقد قطعوا ما أمر الله به أن يوصل فحق عليهم الحرمان من سلطان الولاية ، وهذا الذى تبرع بالكفالة والتربية ، وكفلها حتى أنبتها نباتا هو الجدير بأن يرعى ما أنبت .

(٦) السـلطان ، وهو ولى من لا ولى له ، ويكون عندما يشتجر الأولياء كما صرح النبي صلى الله عليه وسلم ، اذ قال « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » ، ويكون اذا كان الولى قد غاب غيبة لايمكن انتظار رأيه أو معرفة رأيه ، وينوب مناب السلطان من يعينه ، أو من يعينه القاضى الذى أعطاه السلطان ولاية تزويج القصر ، وتعيين من يرعاهم ويقوم على شؤونهم .

(٧) فاذا كانوا فى مكان ناء عن الحكم وولاية المسلمين العامة ، فانه يكون عامة من يحضرون من المسلمين لهم الولاية ، يختـارون من بينهم من يرعى القاصرين ، أو من يتقدم لرعايتهم ، ويشارك من يريد الزواج من النساء ، وأى فرد يتقدم لذلك كانت له ولاية المشاركة .

وان ذلك بلاريب يوجب تكافل المسلمين فى عامة أمورهم ، والظاهر أن ذلك فرض كفاية اذا لم يقوموا به اثم الجميع ، وخصوصا بالنسبة لواجب الرعاية والصيانة .

فى المذهب الشـافعى .

جعل الشافعى الولاية للعصبات أيضا لكنه ابتدأ بالاصول . وجعل الولاية لهم ابتـداء ، ولم يذكر الفروع لان الفروع لا يكونون أولياء الا بالنسـبة للمجنون المعتـوه ، وهم لايجيزون زواج هذين الا باذن من القاضى . ولكن ولاية الحفظ والصيانة بلا ريب تكون للفروع كما تـكون للأصول ، ولذلك لا يسوغ حذفهم الا اذا كان اعتبر ولاية الحفظ والصيانة تكون دائما باذن من القاضى ، الا اذا بلغ مجنونا أو معتوها فانها تكون للولى الاصلى ، وهو الأب ، ثم الجد . ولذلك تثبت الولاية على الوجه الآتى :

(أ) الاصول ، واولهم الأب ، ثم يليه الجد ابو الأب وان علا، وذلك لتميزه بالشفقة عن الاخوة الأشقاء ولأب ، وبذلك فصل الميراث عن الولاية ، لأن الاخوة يشاركون فى الميراث مع الجد وان علا . ولكنه مع ذلك جعل الولاية له ، لأن هذه مبناها الشفقة ورعاية المصلحة ، وهما أوفر فيه . وبذلك يخالف المالكية ، ويلتقى مع الاصح عند الحنفية الذى ذكره السرخسى .

(ب) ثم من بعد ذلك الاخوة الاشقاء ، ثم الاخوة لأب ، وهو بذلك يتفق مع رأى أئمة المذهب الحنفى الثلاثة ويخالف زفر .

ويظهر أن أولاد الاخوة أيضا يقدمون على الاعمام لتقديم جهة الاخوة باطلاق على جهة العمومة .

(ج) ثم جهة العمومة بترتيبهم فى الارث على النحو الذى بيناه فى الفقه الحنفى ثم سائر العصبات من هذه الجهة بترتيبهم فى الميراث .

(د) ثم من بعد ذلك العصبة السببية .

(هـ) ثم القاضى (١) .

ونجد المذهبين المالكى والشافعى يتلاقيان فى الجملة مع المذهب الحنفى بالنسبة لولاية الحفظ والصيانة وولاية الاختيار فى التزويج .

فى المذهب الحنبلى :

المذهب الحنبلى كالمذهب الشافعى يقدم الأب على الابن ، بل انه يقدم الاصول جميعا على الفروع ، وقد بين وجهه ، وقد اتفق الحنابلة على تقديم الأب على الابن ، وقد احتج ابن قدامة فى المغنى لذلك الرأى بقوله :

« دلنا ان الولد موهوب لأبيه ، قال تعالى : (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لى من لدنك ذرية طيبة) وقال : (فهب لى من لدنك وليا) وقال ابراهيم : (الحمد لله الذى وهب لى على الكبر اسماعيل واسحق) وقال صلى الله عليه وسلم : (أنت ومالك لأبيك) . واثبات

---

(١) راجع فى ذلك شرح المنهاج جـ ٦ ص ٢٢٦ .

ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ، ولأن الأب اكمل نظرا ، وأشد شفقة فوجب تقديمه فى الولاية ، كتقديمه على الجد ، ولأن الأب يلى ولده فى صغره وسفهه وجنونه ، فيليه فى سائرها ثبتت الولاية عليه بخلاف ولاية الابن ، ولذلك اختص (أى الأب) بولاية المال ... ولأن الولاية احتكام ، واحتكام الاصل على فرعه أولى من احتكام الفرع على أصله » (١) وقد ذكر الفرق بين الميراث والولاية فذكر ان الميراث يعتبر فيه القرابة وقوتها فقط ، وليس فيه احتكام ولا ولاية .

ونقول : ان الميراث يلاحظ فيه معنى الخلافة ومقدار الحاجة ، ولا يلاحظ الشفقة ورعاية المصلحة ، ولا شك ان حاجة الابن الى المال اكثر من حاجة الأب ، ولأن معنى الخلافة الطبيعية يتحقق فى الابن ، ولايتحقق بوضوح فى الأب ، وبالنسبة للجد ، الراجح فى المذهب الحنبلى أنه يقدم كالأب على الابن ، وعلى الاخوة ، ويخالف ذلك الراى الراجح آراء ثلاثة أخرى كلها روى عن الامام احمد .

اختلاف الروايات عن الامام احمد

أولى الروايات : ان الابن مقدم على الجد ، سيرا على نظام الوراثة ، وهو رأى الشيخين من المذهب الحنفى ورأى مالك .

الرواية الثانية : ان الاخ يتقدم على الجد ، وهو رأى مالك ، وقد ستناه من قبل ، وحجته ان الاخوة يدلون بالأب ، والجد يدلى الى المولى عليه بالاب ، ولو اجتمع اب ، وهو الجد ، وابن وهو الاخ لكان الميراث للابن أكثر من الميراث للأب ، وكان ينبغى ان يقدم الاخ فى الميراث على الجد ، ولكن لانعقاد اجماع الصحابة على انه لا يأخذ أقل من الاخ ، خولف ذلك الاصل فى الميراث ، ولكنه مع ذلك بقى قائما ، فيعمل به فى الولاية .

الرواية الثالثة : أن الجد والاخوة سواء فى استحقاق الولاية ، فيكون معهم كأخ ، وذلك لانه فى الميراث كذلك ، فيعامل فى الولاية كمعاملته فى الميراث .

وقد ساق ابن قدامة حجة الراى الاول الراجح ، وهو الرواية عن

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤٥٦ طبع المنار الثانية .

أحمد . وخلاصة ما ذكره أن صلة القرابة بالجد أقوى من صلة غيره ، وقد ثبت ذلك فى أحكام كثيرة ، فلا تقطع يد الجد ان سرق مال فرعه ولا يقتل اذا قتله ، والجد لا يحجب الا بالأب ، بينمـــا غيره يحجب بالفرع المذكر ، واذا كانت قوة قرابته أقوى ، فانه يقدم فى الولاية .

ومن بعد الاصول من العصبات تكون الولاية للفروع من العصبات بأنفسهم ، وقد خالف فى ذلك الشافعى وكلامه واضح بالنســبة لولاية الاجبار ، ولكن فى ولاية الاختيار ما حجته ؟ يقولون : ان حجته هو أنه ليس من المناسب ان يزوج المرء أمه ، لأن الولاية معناها ســلطان منه عليها ، وليس من المناسب أن يكون له عليها سلطان ولانه بالفطرة ينفر الابن من زواج أمه ، فلا يكون نظره فى مصلحتها ، ولأن ثبوت الولاية له مع تلك الروح المعاندة والمنافرة ، فما يؤدى اليه يكون ممنوعا ، لأن ما يؤدى الى عضلها ، وذلك ظلم ، كما يؤدى اليه يكون ممنوعا ، لأن ما يؤدى الى الممنوع يكون ممنوعا .

وان لذلك الــكلام وجاهته من ناحية ولاية الزواج الاختيارية بلا ريب ، ولــكن من ناحيـــة ولاية الحفظ والصيانة فان ذلك واجب على الابن محافظة على كرامة امه ، ولم يكن ذلك موضـــع خلاف ، بل هو اولى الناس بها وبابيـــه فى ذلك ، ولم يكن من الشافعية من يناقض هذا .

واما ولاية التزويج بالنسبة للمجنون والمجنونة وللمعتوهة ، فان ذلك على اساس المذهب الشافعى لا يكون الا باذن من القضاء . لأسباب مسوغة لهذا ، كأن يقرر طبيب عادل ان هـــذا يفيد المجنون أو المجنونة صحيـــا .

وقد رد صاحب المغنى عن ذلك النظر بالأثر الوارد عن النبى صلى الله عليه وسلم .. وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم لما انقضت عدة ام سلمة خطبها ، فقالت : يا رسول الله ليس أحد من اوليائى شاهدا . فقال عليه السلام : « ليس من أوليائك شـــاهد ولا غائب يكره ذلك » فقالت : « قم ياعمرو فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوجه» فدل هـــذا على أن الفرع يكون له ولاية الاختيـــار .

وفوق ذلك ، فان موجب القياس أن يكون للفرع من ولاية الاختيار ما لسائر العصبات ما دام عدلا امينا يقدر الامور ، فحرمانه من ذلك مع مناهضته للأثر حرمان له من حق ثابت من غير مبرر لذلك ، ثم هو أشفق على أمه من غيرها فيكون أولى من غيره ، وان خوف الاعتـــراض أو

المعاندة ممنوع ، لأن القضاء يكون لمنع ذلك الضرر المتوقع ، ولأن الحقوق الثابتة بالنصوص الفقهية لا تسقط بأمور متوقعة ، فلا يمنع حق لتوقع ظلم ، لأن المنع ذاته يكون ظلما » ولكن يمنع الظلم أن وقع ، فان عاند وامتنع ، زوجها القاضى ، او نقل الولاية لمن يليه .

اذا لم يكن للمراة اصول ولا فروع ، فان الولاية تنقل الى الاخوة كالمذهب الحنفى ، ويقدم الاخ الشقيق على الاخ لاب لقوة قرابته ، ويليه الاخ لاب ، ان لم يكن اخ شقيق . وهذه احدى الروايات وذلك متفق عليه فى المذهب الحنبلى ، وبقية المذاهب الفقهية .

اذا اجتمع الشقيق مع الاخ لاب :

ولكن هناك روايات اخرى اذا اجتمع الشقيق مع الاخ لاب أيكونان اولياء معا ؟ أم تكون الولاية للشقيق ، لأنه متقدم ؟ اختلفت الرواية فى ذلك عن الامام احمد رضى الله عنه .

الرواية الاولى — انهما سواء فى الولاية ، وذلك هو راى زفر الذى ترويناه من قبل ، وراى أبى ثور من تلاميذ الشافعى ، وراى الشافعى فى القديم . وحجة ذلك الراى : ١ — انهما استويا فى الادلاء بالأب وهو سبب العصوبة ، والعصوبة سبب الولاية ، فاذا استويا فى سبب الولاية فلا ارجحية لاحدهما على الآخر — ٢ — ولأن العار الذى يلحق بزواجها من دونهما ينالهما بقدر واحد ، فاتفق السبب والباعث ، فتثبت الولاية بقدر واحد . ٣ — أنه لا مدخل للأم ولا لقرابتها فى الولاية ، بدليل أنه لو كان عم هو خال ، وعم ليس بخال ، ما كانت تلك الخئولة مرجحا فى العمومة ، فلا تكون الأم أيضا مرجحا فى هذا المقام . وكابنى العم ، واحدهما اخ لأم لا ترجيح لابن الأم على الآخر ، فالأم لا ترجح هنا أيضا .

والرواية الثانية — ان الشقيق يقدم ، وهو رأى أبى حنيفة وابى يوسف ومحمد ، ومالك والشافعى فى الجديد . وهو الصحيح الراجح عنده كما ذكرنا ، لان قوة القرابة توجد شفقة أشد ، وهذه الولاية تقوم على الشفقة ورعاية المصلحة وذلك فى الشقيق اشد ، ولان الاساس هو الاستحقاق فى الميراث ، اذ مبناه على قوة العصوبة فتكون الولاية على النفس المبنية عليه مثله .

ومن بعد الاخوة تكون لاولادهم ، والخلاف فى الرواية والفقه الذى جرى فى الاخوة الاشقاء أو لاب من حيث التساوى يجرى مثله فى أولاد

الاشقاء ، واولاد الاخوة لأب ، والحجج فيه ماذكر أولا — ومن بعد أولاد الاخوة يكون الاعمام أولاد الجد الاول ثم أولادهم من بعدهم ثم أولاد الجد الثانى ثم أولاده من بعدهم على الذى بيناه فى المذهب الحنفى .

ويلاحظ ان الخلاف الذى جرى حول الاشقاء والأب فى الاخوة واولادهم يجرى أيضا فى الاعمام مهما تكن درجات من يدلون به من أجداد واولادهم ، لان أساس المسألة هو كون قرابة الأم لها دخل فى الترجيح فى الولاية أم لا دخل لها فى الترجيح ، وذلك يسرى فى كل درجات التعصيب بالحواشى لا فرق بين قريب وبعيد .

ملاحظتان على ما جاء بالمذهب الحنبلى :

أولا — ان المذهب الحنبلى لا يثبت الولاية لغير العصبات من الاقارب، وهو فى ذلك يتفق مع مالك والشافعى والصاحبين من المذهب الحنفى ، ويخالف بذلك ابا حنيفة رضى الله عنه الذى يجعل الولاية للاقارب ، مع ملاحظة أن ابا حنيفة لا يثبت الا ولاية الاجبار ، ولا يثبت ولاية الاختيار ، فليس لها اعتبار عنده انما يقوم مقامها ما سماه ولاية الاستحباب ، ويكون بمثابة ولاية الاختيار حق الاعتراض من الاولياء ان زوجت نفسها من غير كفء .

الامر الثانى: الذى يجب ملاحظته هو انه اذا لم يكن ثمة عصبة نسبية، فان ولاية الاختيار تثبت للعصبة السببية ، كما هو رأى مالك والشافعى ، وذلك لان سبب هذه الولاية هو المعاونة فى اختيار الزوج والمحافظة على النفس ، وذلك لا مقياس يضبطه الا الميراث ، لان الميراث ذاته نوع من المعاونة ، مادام ولى النعمة يرث ، فانه يكون وليا على النفس .

وهذه الولاية تثبت لمن يثبت له الميراث، والميراث يثبت للمعتق، ويثبت لعصبة المعتق من الذكور دون الاناث ، وان الشأن كذلك فى ولاية العصبة النســـبية .

ولكن يلاحظ ان يكون الولى على النفس من العصبة السببية مستوفيا لشروط الولى ، واولها ان يكون مسلما اذا كانت المرأة مسلمة .

انتقال الولاية الى السلطان :

تنتقل الولاية اذا لم تكن عصبة نسبية ولا سببية عند الامام أحمد الى السلطان ، لصريح الحديث (السلطان ولى من لا ولى له) ، وروى أبو

داوود باسناده عن أم حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ، ومؤدى ذلك انالنجاشي زوجها باعتباره نائب ولى الامر وهو النبي صلى الله عليه وسلم وفىالوقت ذاته كان وكيلا عنالنبي صلى الله عليه وسلم ، فظاهر الامر انه تولى العقد بصيغة واحدة عن الجانبين .

والسلطان الذى له هذه الولاية هو الامام او الحاكم الذى يتولى أمور المسلمينأو من يفوضاليه ذلك سواء أكان واليا لاقليم، امكانقاضيا قد نص فى مرسوم تعيينه حق تزويج من لا ولى له .

واذا كانت المرأة تحت سلطان اهل البغى الخارجين على الامام ، أو الحاكم العدل ، فقد قررالحنابلة أن الرئيس هوالذى يتولىذلك باعتباره حاكما مسيطرا بحكم الواقع من غير نظر الى كون ولايته عادلةأو غير عادلة.

وهذا نظر الى الواقع من غير قصد لنظريات الحكـم ، لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يعبر عن ولى الامر الذى يتولى بأنه الامام ، او الحاكم العدل ، بل قال : (السلطان ولى من لا ولى له) وفى ذلك ايماء الى أن من يتولى أمر المسلمين بحكم التنظيم فى الاقليم او الحيز يكون له ذلك ، وفى ذلك ايماء أيضا الى انه لا يصح أن تكون امور المسلمين فوضى ، بل يخضعون لحكم السلطان ، ويسعون فى تغييره على ما هو مقرر فى الفقه فى باب الامامة ، والله المهىء للرشاد ان شاء الله تعالى . ومذهب جمهور الفقهاء لم يتعرض لحكم اهل البغى بالنسبة للزواج ، وظاهــر كلامهـم لا يمنـــع ذلك .

بيد ان الامام مالكا قرر انه اذا لم يكن سلطان تكون الولاية لعامة المسلمين باعتبارذلك منالفروض الكفائية ، فهلهذه الصورة ، وهى تحكم أهلالبغى فى بلد أو اقليم يعد من هذا القبيل، وهو عدم وجود السلطان المنفذ ؟ الظاهر ذلك .

مسألتان فى المذهب الحنبلى :

تثار فى المذهب الحنبلى مسألتان : أحدهما ــ من تسلم على يد رجل اتكون له ولاية عليها أم الولاية تكون للسلطان ؟ والثانية ــ الوصاية فى الولاية الاختيارية ايكون لها موضع كما هى فى الولاية الاجبارية كما أشرنا من قبل ، أم الوصاية خاصة بالولاية الاجبارية باعتبارها امتدادا لولاية الأب ؟

أما المسألة الاولى : فقد قال ابن قدامة فى المغنى : « اختلفت الرواية فى المرأة تسلم على يد رجل ، فقال (اى احمد) فى موضع : لا يكون وليا لها،ولا يزوج ، ويأتى السلطان ، لانه ليس من عصباتها ، ولا يعقل عنها ، ولا يرثها ، فأشبه الاجنبى ، وقال فى رواية أخرى فى امرأة أسلمت على يد رجل : يزوجها ، وهو قول اسحاق . وروى عن ابن مسعود انه لا يفعل ذلك حتى يأتى السلطان . وعن الحسن أنه كان لا يرى بأسا ان يزوجها نفســه .. وروى عن أبى داوود باسناده عن تميم الدارى أنه قال : « يارسول الله،ما السنة فى الرجل الذى يسلم على يد الرجل من المسلمين » قال : « هو أولى الناس بمحياه ومماته » الا أن هذا الحديث ضعفه احمد .

هذا جوهر الخلاف فى هذه المسألة ، واننا نرجح الرواية التى تجعل من أسلمت على يديه له أن يزوجها ، لانها انقطعت عن أهلها ، وليس فيهم من يصلح للولاية عليها فى شؤون الزواج وشؤون الحفظ والصيانة ، فهو أولى برعاية مصالحها اذا كان من اهل الصلاح والتقوى ، كما هو الشرط فى كل ولى .

وان لذلك نظائر فى المذهبين الحنفى والمالكى ، فالحنفى يثبت حقوقا لمولى الموالاة . والمالكية يعتبرون من يكفل اليتيم اولى بتزويجه اذا كبر وكان امرأة ، لأن تلك الكفالة اوجدت له حق الرعاية .

والمسألة الثانية : وهى ثبوت ولاية التزويج بالوصاية ، لقد تلنا ان الولاية الاجبارية تثبت لوصي الأب عند أحمد اذا عين الأب الزوج ، وبينا وجهة ذلك ، ووازنا بينه وبين المذهب المالكى فى هذا .

ولــكن هــل الولاية الاختيارية كالولاية الاجبارية فى ذلك ؟ روى عن احمــد فى ذلك روايتـــان :

احداهما : أن الايصاء يجوز ، وينفذ ، وينطبق جواز الايصاء لــكل ولى فى درجتـــه .

والثانية : ان الايصاء لا يجوز . وحجة الرواية الاولى ان الوصى قائم مقام الولى فيما يكون له من حقوق ، ومن حقوقه ولاية التزويج ، فيصح أن يقيم غيره مقامه ، كما يصح له أن يوكل حيا ، والايصاء انابة كالوكالة بيد أنها بعد الوفاة . وحجة الرواية الثانية المانعة أن هــذه الولاية تنتقل بالوفاة الى من بعد الولى شرعا ، فلم يجز أن يوصى بها لأن المحل ليس خاليا من بعده ، حتى يثبت غيره عنه فيه ، ومثل ذاك

أن يوكل بالتزويج بعد عزله عن الولاية ، ولأن أساس الولاية الشفقة ورعاية المصلحة ، وهذا لا يتوافر فى الوصى ، كما يتوافر فى الولى الذى تكون له الولاية شرعا من بعد وفاة الولى .

وبعض الحنابلة فصل ، فقال : ان كان الولى الذى أوصى بالولاية لمن بعده بمقته ولى عصبة بعد وفاته ، فان الايصاء لا يجوز ، وأن كان لا يعقبه ولى عاصب ، بل تكون الولاية للسلطان ، فان الايصاء يجوز ، لأنه من المقررات الشرعية أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة.

وان ذلك التفصيل فيه تفاد للمصادمة بين الايصاء والولاية الثابتة شرعا ، وفيه أخذ بالايصاء فى الجملة .

ااا لم يكن سلطان ولا عصبة :

المذهب الحنبلى فيه حال فيها نظر آخر، وهى حال ما اذا لم يكن سلطان ولا عصبة للمراة ، فمن الذى يتولى زواجها ، لقد قرر المذهب المالكى انه يتولى زواجها رجل عدل ، لأن الكافة تؤول الولاية اليهم ، ويكون ذلك فرض كفاية عليهم ، أما المذهب الحنبلى ، ففيه روايتان عن الامام أحمد .

احداهما : تدل على أنه يزوجها رجل عدل ، وتنتقل الولاية الى الذين يكونون فى قبيلها ، أو على مقربة منها ، فانه يروى عنه انه قال فى دهقان قرية انه يزوج من لا ولى لها اذا احتاط لها فى الكفء والمهر اذا لم يكن فى الرستاق قاض ، وقد أخذ بهذا الراى بعض الحنابلة .

الرواية الثانية : انه فى هذه الحال لا يحتاج الانكاح الى ولى يتولى النكاح ، ووجه ذلك القول ان اشتراط ولى فى هذه الحال يمنع انكاح المراة ، او يجعله عسيرا ، وحيث كان الأمر بين وجود نكاح ينقصه الولى ، أو عدم نكاح ، يكون الاولى هو الاخذ بالنكاح الذى لا يكون فيه ولى ، لأن المصلحة ودفع الفساد ، لا يكونان الا بذلك .

ويظهر أنها لا تزوج نفسها ، بل تختار من توكله فى ذلك ، لأنه بمقتضى المذهب الحنبلى ومذهب الجمهور أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء .

* * *

المذهب الاثنا عشرى :

المذهب الظاهرى لايثبت الا ولاية الاجبار ، ولا يثبت ولاية الاختيار وولاية الاجبار فيه تثبت على الصغير ، والصغيرة ، وتثبت على الكبيرة البكر . وكانه اعتبر سببه ثبوت ولاية الاجبار عندهم بالنسبة للصغيرة البـــكارة .

والولاية لا تثبت الا للأب والجد ، ولا تثبت لغيرهما من الاولياء ، فلا تزوج الابكار الا بالآباء من الاولياء ، وغيرهم لا ولاية لهم ، اذ انهن لا معرفة لهن باحوال الرجال ، فالرجال صناديق مغلقة لا تعرفها اعذار النساء ، والابكار اعذار دائما .

وهناك راى آخر فى مذهب الاثنا عشرية ، وهو انه لا ولاية على الصغير والصغيرة ، فلا ولاية بعد البلوغ قط ، ويظهر ان ذلك القول هو الراجح من المذهب الاثنا عشرى ، وقد صرحت امهـــات الـــكتب بان المحققين فى ذلك المذهب يقررون بأن المرأة اذا بلغت عاقلة ملــكت كل التصرفات والعقود ومنها النكاح ويستدلون بالقرآن والسنة ، فيستدلون بما استدل به ابو حنيفة الذى يتفق معهم فى هذا الرأى ، وسنتكلم فيها عن الاختـــلاف فى ذلك بين الفقهـــاء .

وانهم اذ يثبتون ولاية الاجبار للأب والجد ، ولا يثبتونها لغيرهما من العصبات يتفقون مع المذهب الشافعى الذى يجعـــل ولاية الاجبـــــار مقصـــورة عليهما .

وقد زاد المذهب الاثنا عشرى على المذهب الشافعى انه أثبت فى ولاية الاجبار الولاية للوصى الذى يعينه الأب ان كانت الولاية له ، أو الوصى الذى يعينه الجد ان آلت الولاية اليه .

وكما تثبت الولاية الاجبارية على الصغير للأب والجد تثبت لهما ايضـــا على المجنـــون .

واذا كان الراجح عندهم هو أن الولاية الاجبارية هى التى تثبت ، ولا توجد ولاية أختيارية قط على الراجح ، فانه لا أولياء الا الأب أو الجد أو ما يوصيـــان به .

واذا كان ثمة عصبة لها حق الاعتراض عند عدم الكفاءة ، فذلك فى الـــكفاءة لا فى انشاء الزواج .

المذهب الزيدى

تثبت ولاية الاجبار عند الزيدية على الصغيرة والصغير ، وتثبت لكل الاولياء عند الزيدية كما هو الامر عند الحنفية ، ولا يفترقون عن الحنفية الا فى امرين :

اولهما — فى اثبات خيار البلوغ ، فهو ثابت على الراجح عند الحنفية وغيرثابت علىالراجح عند الزيدية على ماتبينذلك فى موضعه منالدراسة ان شاء الله تعالى .

ثانيهما — ان الزيدية على الراجح عندهم يثبتون اجبار البكر البالغة اذا كان الولى هو الأب ، ولا يثبتون ذلك لغيره من الاولياء ومنهم من يجعل الجد كالاب فى هذا .

وهم يتلاقون فى ذلك مع الشافعى الذى يجعل البكارة علة للاجبار مهما بلغت ، ومع المذهب المالكى الذى يجعلها علة للاجبار الى أن تعنس بأن تبلغ الثلاثينأوالثالثة والثلاثينعلىالخلاف بينهم ، كما يفتون مع احد الآراء عند الشيعة الامامية ، وان لم يكن ذلك القول هو الراجح عندهم .

والمراة لو كانت بالغة ما دامت تثبت عليها ولاية الاختيار او ولاية الشركة على ماهو راى جمهور الفقهاء ، وبذلك يخالفون ابا حنيفة رضى الله تعالى عنه ، فى قوله ان المراة لها ان تزوج نفسها بالكفء ومن غير رضا وليها ، بشرط أن يكون الزواج بمهر المثل ، ويسوقون الادلة الكثيرة من القرآن والسنة ، ويسوقون فيها أكثر من سبعة أحاديث ، واذا كان بعضها فيه ضعف ، فانه يقوى بعضها بعضا ، ويقوى صحيحها سقيمها .

الاولياء فى المذهب الزيدى :

الاولياء فى المذهب الزيدى هم العصبات بأنفسهم من الرجال ثم العصبة السببية ايضا منالرجالكالميراث فتقدم جهة البنوة فجهة الأبوة، ثم الاخوة ، ثم العمومة ، على النحو الذى فصلنا فى المذهب الحنفى ، وموضوع الخلاف هنالك فيه خلاف هنا ايضا .

فقد اختلف فى تقديم الابن على الاب هنالك ، كما إختلف فى المذهب الحنفى . فمنهم من قال يقدم الاب لان الابن لا يؤم اباه لقوله صلى الله عليه وسلم : «الكبر الكبر ، ليس منا من لم يوقر الكبير ، ويرحم الصغير» ،

وبقدم الجد على الاخوة ويقدم فى الاخ الشقيق على الاخ لاب ، والاخ على ابن الاخ ، وهكذا الباقى .

واذا لم يكن احد من اولياء النسب كانت الولاية لمولى العتاقة .

واذا لم يكن أحد من العصبات ، فان الولاية تكون للامام ، ولمن يفوض اليه ذلك من حاكم أو قاض ينص على ذلك فى مرسوم تعيينه .

واذا لم يكن امام أو حاكم ، بأن كانت المرأة البالغة فى صحراء ، فان الزواج يكون بتوكيلها ولا يزوج الصغير ، ولا الصغيرة .

وان سقوط الولاية الاختيارية عن المرأة بالوجود فى مكان لا سلطان فيه هو احد الآراء فى المذهب الحنبلى ، وقد بينا ذلك عند الكلام فى مذهب أحمد رضى الله عنه . ويستندون فى ذلك الى ما رواه الترمذى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ياعلى ، ثلاث لا تؤخرها : الصلاة اذا دخل وقتها ، والجنازة اذا حضرت ، والأيم اذا وجدت لها كفؤا » .

ومن المقرر عند الزيدية انه لا زواج بالايصاء ، لان الزواج حق شخصى للولى لا يقبل الخلافة وليس الولى فى النكاح كالولى فى المال ، لان الولاية فى المال تتعلق بحق عينى ، فتقبل الخلافة بخيار الرؤية وخيار التعيين ، اما الولاية فى النكاح فهو ارادة للولى قد اعطاها له وحده الشارع ، والارادة لا تنتقل

عند الظاهرية

يقرر ابن حزم فى المحلى بالنسبة لولاية الاجبار امرين :

أولهما — ان ولاية الاجبار تكون على الصغيرة ، ولا تكون على الصغير ، لان الآثار قد وردت بنكاح الصغيرات . فقد زوج ابو بكر ابنته عائشة رضى الله عنهما للنبى صلى الله عليه وسلم ، وهى بنت ست ، وبنى عليها وهى بنت تسع ، وكل الآثار الواردة فى النكاح قبل البلوغ كانت فى الصغيرات ، وليست فى الصغار .

وان ولاية الاجبار لا تكون الا للأب ، لان الآثار الواردة فى ذلك ، كانت فى زواج الأب لبنته ، ولانه هو وحده الموفور الشفقة على الوجه الكامل ، والذى يراعى المصلحة ويقدرها .

وان ولاية الاجبار لا تثبت الا على الصغيرة البكر ، فاذا تزوجت ثم دخل بها وطلقت بعد ان صارت ثيبا فانه لا يجوز انكاحها ، حتى تبلغ وتستأمر .

وانه فى حصر الولاية فى الاب يتقارب مع المذهب المالكى ، على اختلاف نشير اليه ، وهو ان البكر هى التى تجبر ، واما الثيب الصغيرة ، فلا تزوج حتى تبلغ وتستأمر فهو فى هذا الرأى يتفق مع الشافعى تماما ، وقد بينا حكمة ذلك الراى عندما كنا نتكلم عن رأى الشافعى فى ذلك .

الامر الثانى : الذى يقرره ابن حزم بالنسبة لولاية الاجبار مخالفا المالكية انه لا يثبت الايصاء فى الولاية ، لان الايصاء استخلاف اى جعل خليفة فى تصرف يتعلق بعين من الاعيان ، والولاية ارادة ، اى تخويل حق التزويج وذلك حق شخصى ، لا ينتقل بالخلافة كالمال ، وبذلك يتفق المذهب الظاهرى مع المذهب الزيدى وغيره من المذاهب التى تمنع الايصاء فى الزواج كالحنفية والشافعية .

وان الايصاء ممنوع فى الولاية الاختيارية على المراة ، لانه معاونة ، وهى تكون من العصبات لاشتراكهم مع المراة فى مغبة الزواج ، ونتائجه من حيث العار او الفخار ، ولانه فى الغالب يكون ثمة ولى معين من قبل الشارع بعدالولى الذى يوصى ، وذلك اخذ بالآراء فى مذهب الامام أحمد ، كما قررنا من قبـــل .

ويقرر الظاهرية ان المراة لا تزوج نفسها ، بل يزوجها وليها ، وذلك راى جمهور الفقهاء ، ولم يخالف فيه الا ابو حنيفة رضى الله تعالى عنه ورواية عن ابى يوسف ، وقد ناقش ابن حزم ذلك الراى ، فى صفحات طويلة من المحلى ، فارجع اليه ، وناقشناه من قبل عندما تكلمنا عن الولاية فى الفقه الحنفى .

الاولياء فى المذهب الظاهرى :

الاولياء عند الظاهرية هم العصبة فى الميراث ، على ان يكونوا عصبة بانفسهم ، فالعصبة السببية ، ليس لها ولاية التزويج ، لان المولى لايزوج امته عنده ، فكيف يكون له ذلك بعد الاعتاق ، وذلك عندهم ، ولذلك ليس لمولى النعمة ولاية التزويج .

ويكون ما يتبع هو نظـــام الميراث ، ولـــكن يلاحظ امران :

أولهما — ان الابن ليس له ولاية الا اذا كان عصبة من جهة اخرى كأن يكون الابن هو ايضا ابن ابن عم ولا عصبة فى الولاية تسبقه ، وحجته فى ذلك ماذكرنا من أن الابن لا يصح ان يكون له سلطان على امه ، ولانه بمانع عادة فى الزواج ولانه لا اثر ولا نص يثبت له هـذه الولاية .

ولكن القريب اذا كان عصبة من جهة اخرى ، كانت له ولاية اختيارية بمقتضى هذا التعصيب ، وبهذا يلغى اعتبار التعصيب الاقوى ، ويؤخـذ بالتعصيب الأضعف ، وان المعانى التى تكون مانعة فى ولاية الابن لتزويج امه قائمة ، ولا يزيلها كونه ابن ابن عم ، ولكن نفاة القياس لاينظرون الى المعانى ، ولا الى علل الاحكام لان الاحكام لا تعلل عندهم ، ولهم فى ذلك غرائب ، ولعل هذه من اقلها غرابة .

الأمر الثانى — ان الاخوة يقدمون على الجد ، كما جاء فى المحلى ، وبذلك خالف الاكثرين من الفقهـاء .

عنـد الاباضـية (١)

يقرر الخوارج امرين : احدهما يتفقان فيه مع ابى حنيفة على تفصيل قد يخالفونه فى بعضه ، والثانى مذهب الجمهور .

اما الاول ، وهو الذى يتفق مع راى ابى حنيفـة ، فهو ان ولاية الاجبار تثبت لـكل العصبات ، سواء اكانوا الاب او الجد ام كانوا من بعدهم ، وهم يرتبون العصبات كترتيب الصاحبين ، او كترتيب جمهـور الفقهـاء .

ويتفقون مع ابى حنيفة فى ان ولاية الاجبـار تثبت على كل قاصر فتثبت على المجنون والمعتوه ، وعلى الصغير والصغيرة وعلى أن تكون للاوليـاء .

وولاية الحفظ ثابتة لـكل العصبات بالاتفاق ، بل لـكل الاقارب تحت إشراف ولى الأمر على ما هو معروف ، وتبينـه .

---

(١) المذهب الاباضى نسبة الى عبد الله بن اباض احد الخوارج المعتدلة . وطـائفته معتدلة لا تـكفر عامة المسلمين ، ولا تستبيح دماء مخالفيهم ، وفرقتهم اسمها الاباضـية . واخواننا الاباضـيون يخرجون انفسهم من حظـيرة الخـوارج ويقررون أن امامهم كان من التابعين ، ولم يكن من الخوارج .

اما الأمر الثـــانى ــ الذى يخالفون فيه أبا حنيفـــة ، ويتفقون مع جمهور الفقهاء ، فهو ان المراة لا تتولى زواجها بنفسها بل لابد ان يعقد عنها ولى عاصب وترتيبه هو ترتيب الميراث ، وما هو موضع خلاف فى التقديم هنالك هو ايضا موضع خلاف ، ولا حاجة لان نخوض فى تفصيل الخـــلاف .

ولـــكن يجب ان نبين اربعة امور : هى التى تبين جوهر المـــذهب الاباضى فى الولاية على النفس والاوليـــاء .

١ ــ اول هـــذه الامور **هو الولاية بالايصـــاء** او الخلافة كما صرح « شرح النيل » من امهات كتب الاباضية التى بين ايدينا . وهناك عندهم بالنسبة للخلافة اقوال ثلاثة :

اولها ــ ان الولى له ان يوصى لغيره بالخلافة لمن بعده ، سواء أكانت الولاية اختيارية ام كانت الولاية اجبـــارية ، لأن الولى يملك التوكيل فى حياته ، فيملك الانابة بالايصاء بعد وفاته ، ويكون الوصى خليفة فى ذلك .

الرأى الثـــانى ــ ان الخلافة او الايصاء لايجوز لا من الاب ، ولا من غيره من الأولياء ، لأن الولاية ارادة اوحق شخصى ، والحق الشخصى لاخلافة فيه ولان فى الايصاء مصادمة لحق الولى الذى يعقبه ، والمصادمة لحق شرعى ثابت من حكم الشارع أمر باطل لا يلتفت اليه .

الرأى الثالث ــ أن الايصاء يجوز من الاب دون غيره ، لفرط شفقته ورعايته لمصلحة موليه ، وذلك فى الولاية الاجبارية ، واذا كانت الخلافة تجوز فى هـــذه الحدود ، أيكون الوصى مقدما على الولى الذى يليه أم انه يكون فى مرتبتـــه ؟ هنـــاك رأيان فى هـــذا :

احدهما ــ انه يكون مقدما عليه ، كما يتقدم الوصى فى المال على غيره .

والثانى ــ انه يكون فى مرتبة الولى الذى يليـــه ، حتى لا تكون ثمة مصادمة لحكم الشارع ، فيكون الوصى والولى فى درجة واحدة ، فاذا كان ثمة وصى للأب ، وابو الأب ، فانهما يكونان ســـواء فى الولاية كأخوين شقيقين ، وايهما زوج ، فان زواجه يكون صحيحا ، وان زوجا ، فالسابق منهما لأن زواجه صادف محلا ، وأما الثانى فان زواجه لا يصادف محلا ، فلا عبرة به .

الأمر الثانى الذى يكون فى بيانه توضيح موجز لمذهب الاباضية هو ثبوت الولاية لذوى الأرحام بعد العصبات فانهم اختلفوا : أيقدمون على الحاكم ام لا يقدمون ؟ منهم من قالوا يقدمون ، وبذلك يلتقــون مع أبى حنيفة رضى الله عنه ، لأنه يرى تقديمهم على الامام على النــحو الذى بيناه ، وحجة هذا الراى ما بيناه من قبل من أنهم اشفق وارفق ، وارعى لمصلحة المولى عليه من الحاكم ، وممن يوليـــه الحاكم .

والراى الثانى — كراى جمهور الفقهاء ، وهو ان الولاية للعصبات فقط ، لأنهم الذين يعود عليهم الزواج بالشرف أو العار ، فلهم مصلحة فيه أو دفع مضرة .

٣ — ان الولى اذا عضل المراة فلم يزوجها من غير سبب شرعى ، فان الولاية لا تنقل الى من يليه او الى السلطان ، على حسب الاختلاف فى ذلك ، بل ان الحاكم يحمله على التزويج كرها ، ما دام لم يزوج طوعا ، وما دام لم يبين سببا معقولا يمنعه من الزواج ، وحمله على الزواج لأن الولاية ثابتة له ، ولا يزيلها عنه ظلمه ، ولكن يحمل على العدل حملا ، وذلك بضربه اوحبسه حتى يزوج . والولاية لا تزول عنه الا بجنونه اوعتهه أو خروجه من أهلية الولاية .

٤ — ان الولاية اذ لم تكن لولى ذى قرابة تكون للسلطان أو لعامة المسلمين ويصفون عامة المسلمين فى مرتبة الحاكم ، لأنها حينئذ تكون فرض كفاية يقوم به البعض ، ولكن يثبت الاثم على الجميع ، ان لم يقوموا به .

ويلاحظ فى حال عدم وجود الولى القريب المسلم امران :

احدهما — ان من أسلمت ولها ولى عاصب مسلم هو اولىبالزواج ممن ادخلها فى الاسلام ، وان لم يكن لها ولى قريب مسلم ، فانه ان زوجها من ادخلها فى الاسلام يكون زواجها معتبرا . ولكن ان زوجهــا قريب لها مشرك ، فان الزواج يكون باطلاً ، لانه لا ولاية لغير المسلم على المسلم .

وفى المذهب الاباضى راى آخر ، وهو ان اباها ان زوجها من مسلم ، ولو كان مشركا أمضى زواجه .

الامر الثانى — ان من كفل اليتيمة حتى بلغت ، يكون أولى من غيره بتزويجها ، والله سبحانه أعلم .

فى مشروع القانون المصرى

الولاية فى مشروع القانون المصرى تثبت للعصبات جميعا بانفسهم ، ولا تثبت لغيرهم ، وهم أصحاب الولاية الاجبارية التى تثبت على المجنون والمعتوه ، ولقد نصت على ذلك المـادة ٢٣٠ وهذا نصها :

« ولاية تزويج الفتاة فيما بين البلوغ وسن الرشد المالى تكون للعصبة بالنفس حسب ترتيب الارث ، ويقدم الجد الصحيح فى هذه الولاية ، فان لم توجد العصبة ، فالولاية للقاضى ، ويسرى حكم الفترة السابقة من المجنون والمعتوه ذكرا كان او انثى ، ولا ولاية على البالغ العـاقل » .

وقد بينا من قبل امرين :

اولهما — ان زواج الصغار لا يوجد ما يدل على جوازه ؟ وذلك متفق مع مذهب ابن شبرمة وعثمان البتى وابى بكر الاصم .

وثانيهما — ان ولاية الاختيار ، وهى لا تثبت الا على المراة فيما بين البلوغ الطبيعى وبلوغ الرشد ، تكون لكل العصبات ، ولا ولاية على البالغ بلوغا طبيعيا من الذكور قط .

الولى فى قوانين البلاد العربية

فى السودان يسرى فى الولاية والاوليـاء احكام مذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وقد بيناها من قبل .

ونص القانون الاردنى فى المادة السابعة على الاخذ بمذهب الحنفية ، وهذا نص المـادة :

« الولى فى النكاح هو العصبة بنفسه على الترتيب المبين فى مذهب ابى حنيفة » .

ويستفاد من هذا أن الولى هو العصبة فقط ، وبذلك لم يأخذ برأى ابى حنيفة الذى يجعل ذوى الارحام بعد العصابات ، وقبل القاضى .

والقانون السورى أثبتها للعصبات بانفسهم على ترتيب الارث ، ولكنه اشترط أن يكون الولى محرما ، فاذا كان غير محرم كابن العم ، فانه لا يكون وليا ، وبذلك لا تثبت الا للأبناء ، والآباء ، والاخوة وأبنائهم ، والاعمام من غير أن تثبت الولاية لأبنائهم .

والقانون السورى كالقانون العراقى لم يثبتا زواجا للمجنون والمعتوه ، الا باذن القاضى ، وهذا نص القانون السورى فى المادة ١٥ فى فقرتها الثانية "

« للقاضى الاذن بزواج المجنون أو المعتوه اذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الامراض العقلية ان زواجه يفيد فى شفائه » .

وليبيا تعمل بمذهب الامام مالك رضى الله عنه ، وقد بيناه من قبل ، فالاولياء فيه هم الاولياء .

وكذلك الحكم فى الجزائر ، فان المذهب المالكى هو الاصل فى احكام الاحوال الشخصية .

وفى القانون التونسى نص على ان الولى هو العاصب بالنسب ، ولا يثبت للعصبة السببية ولاية ، وهذا نص المادة الثامنة :

« الولى هو العاصب بالنسب ، ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا ، والقاصر ذكرا كان او انثى ، وليه وجوبا ابوه او من ينيبه ، والحاكم ولى من لا ولى له » .

ونص فى القانون المغربى على الولى بما جاء فى المادة الحادية عشرة ونصها : « الولى فى الزواج هو الابن ، ثم الأب ، ثم الاخ فابن الأخ ، فالجد للأب ، فالاقربون بعد الترتيب ، ويقدم الشقيق على غيره ، فالكافل فالقاضى ، فولاية عامة المسلمين بشرط أن يكون بالغا عاقلا » .

ونرى أن هذا احد الآراء فى المذهب المالكى وهو الراجح فيه .

وقد نص فى هذا القانون التونسى كما نص فى القانون السورى والعراقى ، على ان زواج المجنون لا يكون الا باذن من القاضى ، فقد نصت المادة السابعة على ذلك ، وهذا نصها :

« للقاضى الاذن فى زواج المجنون او المعتوه ، اذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية ان زواجه يفيد فى علاجه ، واطلع الطرف الآخر على ذلك ، ورضى به » .

شروط الولىّ

هؤلاء هم الاوليــاء على النفس فى الفقه الاسلامى ، وفى الاحكام المطبقة فى البلاد العربية قد حاولنا ان نقربها ، وان لم نحصها ، ولكنا قد اعطينا صورة واضحة لاتجاهاتها المختلفة .

ولو نظرت اليها نظرة فاحصة تجدها تتقارب ولا تتباعد ، واختلافها فى امور جزئية ، لا فى قضايا كلية .

والآن نتكلم عن شروط الولى ، ويكاد الفقه الاسلامى لا يختلف فيها ، الا ما رأينا فى بعض الآراء فى مذهب عبد الله بن اباض الذى يستفاد من نصوص كتبه ان فيه خلافا فى صحة تزويج الاب ابنه اذا كان مشركا ، وفى جواز تزويج الولى العاصب اذا كان سفيها .

ولنذكر الآن الشروط . ويشترط فى الولى ستة شروط :

الاول : ان يكون بالغا عاقلا حرا ، فلا يكون الولى صـــغيرا ولا مجنونا ولا عبدا ، لان هؤلاء ليسوا اولياء على انفسهم ، فلا يكونون أولياء على غيرهم ، لان الولاية المتعدية التى تثبت على الغير فرع الولاية القاصرة التى تثبت للشخص على نفســه ، وان الولاية اساسها المصلحة ، وهؤلاء لا يستطيعون ان يعرفوا مصلحة انفسـهم ، فلا يستطيعون معاونة غيرهم فى تحقيق أوجه المصلحة .

والجنون الذى يمنع ثبوت الولاية هو الجنون المطبق ، فانه يزيل الولاية زوالا تاما حتى يثبت شفاؤه ، وكذلك المجنون جنونا متقطعا فى وقت قيام حال الجنون ، وهذا وان كانت ولايته لا تزول غير ان العقد فى وقت قيام حال الجنون عليه ، يكون صادرا عمن لا يعقل ، فلا يثبت موجبه .

وكذلك الامر بالنسبة للاغماء ، أو حال السكر الذى يفقد الوعى ،

فان حال السكر لا ينافى العدالة . بان يسكر بمحلل كالبنج ، أو يكره على تناول السكر ، فان هذه الاحوال لا تزول معها الولاية ، ولكن ينعقد العقد مع وجودها ، وروى عن أحمد البلوغ ليس بشرط اذا كان مميزا ، وقيل ذلك فى غيره من المذاهب ، وذلك لا يكون الا فى الولاية الاختيارية .

والحرية شرط لثبوت الولاية المتعدية ، ولكن أيجوز أن يكون العبد وكيلا عن الولى فى الزواج بمقتضى توكيل ؟ الظاهر ، أن ذلك يجوز ، باعتبار أن الوكيل فى الزواج سفير ومعبر .

الشرط الثانى — الاسلام ، فلا يجوز ولاية غير المسلم على المسلم ، وهذا شرط متفق عليه بين اهل الفقه ، الا ما قيل فى بعض الاقوال : ان المسلمة اذا لم يكن لها من أقاربها مسلم ، وتولى الأب غير المسلم زواجها، فانه ينعقد على هذا القول ، ما دام الزوج مسلما . هذا ولا يخلو هذا القول من غرابة .

وان الحنفية يشترطون فى الولاية على النفس اتحاد الدين بين الولى والمولى عليه ، اى انه لا يزوج المسلم غير المسلم ، كما لا يزوج غير المسلم ، المسلم ، ويظهر انه شرط عند الجميع ، لأن الولاية تتبع الميراث ، وثبوت الميراث شرطه اتحاد الدين ، فلابد منه .

والشرط الثالث — الذكورة ، فلا يكون الولى الا ذكرا ، وهذا قول جمهور الفقهاء ، وابو حنيفة اثبت الولاية الاجبارية للأم ، والبنت وبنت الابن ، والاخت ، وغيرهما من النساء ، اذا لم يكن عصبات من الرجال ، وذلك بناء على مذهبه من أن الولاية تكون لعامة الاقارب ذكورا وأناثا .

والولاية الاختيارية لا تثبت عند أبى حنيفة ، لأنه لا ولاية بعد البلوغ .

الشرط الرابع — الا يكون محجورا عليه بالسفه : وهذا الشرط وجد فى كتب الحنفية ، فقد جاء فى كتاب احكام الصغار ما نصه : « وفى المنتقى السفيه المحجور عليه ، اذا زوج ابنته أو اخته الصغيرة لم يجز .. كذا عن محمد رحمه الله (١)» . وأن ذلك الشرط لمعقول المعنى ، وهو يلاحظ فى معناه عند كل الائمة ، لأن هذه الولاية للاصلاح والحفظ والصيانة ، ومعاونة المرأة فى اختيار زوجها ، فلا يمكن أن تثبت الا لرشيد يحسن

---

(١) كتاب احكام الصغار المطبوع على هامش جامع الفصولين ج ١ ص ٢٠١ .

الاختيار ، ويكون قادرا على تدبير أموره ، وأمور غيره ، فاذا كان هو لا يحسن تدبير أمور نفسه ، فكيف يشارك غيره فى اهم عقد يتعلق بحياته.

الشرط الخامس — ان يكون قادرا على حفظ المولى عليه وصيانته ، وهذا ايضا شرط معقول المعنى ، فاذا كان القريب العاصب شيخا هرما قد ضعف عن المحافظة على غيره ، ويحتاج هو الى من يحافظ عليه ويرعاه ، فانه لا تكون له الولاية . على الأقل فيما يتعلق بالحفظ والصيانة . وقد جاء فى المغنى لابن قدامة : « قال القاضى ، والشيخ الذى قد ضعف لكبر ، فلا يعرف موضع الحفظ لها (أى للمولى عليها من النساء) لا ولاية له (١) » .

وان الولاية على النفس هى فى حقيقتها تالية للحضانة فى الحفظ والصيانة . وتستمر ما دام الغلام او الجارية فى حاجة اليهما ، ولا تزولان بالنسبة لهما الا بعد زوال الحاجة اليهما — ويشترط فى الحاضنة القدرة على القيام بحاجة الطفل ، فان عجزت عنها سقط حقها فى الحضانة وانتقلت الى من يليها من الحاضنات ، على ما هو مبين فيها .

الشرط السادس : العدالة : وفى اشتراط العدالة رايان فى الفقه الاسلامى :

١ — أنها شرط ، لان هذه الولاية لتخير وجه المصلحة للمولى عليها ، أو المولى عليه ، والفاسق لايستطيع تعرف وجه المصلحة فى ذلك العقد الخطير — ولأن ثبوته الولاية ثبت بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح الا بشاهدى عدل وولى مرشد وأيما امراة انكحها ولى مسخوط عليه ، فنكاحها باطل » ولا يمكن أن يكون وليا مرشدا يوثق بارشاده الا اذا كان فى ذاته عدلا أمينا فى ذات نفسه ، حتى يؤمن فى حق غيره ، ولأن غير العادل ، يكون مسخوطا عليه ، واى سخط اشد من ان يكون عاصيا غير عادل ، وهذا رأى الشافعى ، وراى أحمد فى احدى الروايتين عنه ، وراى كثير من الفقهاء .

٢ — ان الولى لا يشترط أن يكون عدلا ، ما دام مدركا فاهما ، لانه لم يوجد تصريح من النبى صلى الله عليه وسلم باشتراط العدالة ، فقد اشترطها فى الشهود ولم يشترطها فى الولى ، والارشاد انما يكون بالخبرة وفهم المصلحة ، وذلك يتحقق من غير العدل ، كما يتحقق بالعدل ، ما

---

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٦٥ .

دامت الخبرة متوافرة » وبعض من ليسوا عدولا ربما يكون أكثر خبرة من بعض العدول ، وتفسير كلمة مسخوط الواردة فى الخبر المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، يصح أن يراد بها أنه مسخوط من قبل المولى عليها بحيث لم ترتض عقده ، ولا شك فى بطلانه لم تجزه .

وهذا هو راى ابى حنيفة — واصحابه وراى مالك رضى الله عنه ، واحد قولى الشافعى ، وان لم يكن هو الراجح ، واحدى الروايتين من احمد رضى الله عنه .

* * *

هذه شروط الولى فى الفقه الاسلامى ، وقد صدر فى مصر القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ خاصا بالاولياء على النفس ومدى سلطانهم ، ومتى تزول ولايتهم ومتى توقف هذه الولاية ، ومتى تسلب سلبا مؤقتا ، وترك ترتيب الاولياء للمذهب الحنفى الذى لايزال هو الاصل المعمول به فى مصر ، ولننقل بعض هذا القانون ، وهو قصير ، وليس بالطويل ، وهذا أول قانون اتجهت فيه العناية بالاولياء على النفس ، فى حدود ما لهم من حق الحفظ والصيانة ، وتقصيرهم او اعتدائهم ، وهو فى جملته بيان لمن هو صالح للولاية ، ومن هو غير صالح .

القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ :

القانون مكون من ثلاث عشرة مادة ، وهو فيما ما لم ينص عليه فى الفقه ، او بعبارة أدق هو تحقيق لمعنى الصلاحية للولاية بزيادة ما يتعلق بالفقه منها .

المادة الاولى — فيما عدا الاحوال الاخرى ، التى ينص عليها قانون الاحوال الشخصية لطلب الولاية او الحد منها او وقفها تتبع الاحكام الآتية :

المادة ٢ — تسلب الولاية ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق عن :

١ — من حكم عليه لجريمة الاغتصاب او هتك العرض او لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة اذا وقعت الجريمة على احد من تشملهم الولاية .

٢ — من حكم عليه لجناية وقعت على نفس احد من تشملهم الولاية ، او حكم عليه لجناية وقعت من احد هؤلاء .

٣ — من حكم عليه اكثر من مرة لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

ويترتب على سلب الولاية على النفس بالنسبة الى صغير سلبها بالنسبة الى كل من تشملهم ولاية الولى من الصغار الآخرين فيما عدا الحالتين المشار اليهما فى البند (٢) اذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم عليه بسلب ولايته ، وذلك ما لم تأمر المحكمة بسلبها بالنسبة اليهم ايضا .

المادة ٣ — يجوز أن تسلب الولاية أو توقف كل او بعض حقوق الولاية بالنسبة الى كل أو بعض من تشملهم الولاية فى الأحوال الآتية :

١ — اذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤقتة او المؤبدة .

٢ — اذا حكم على الولى لجريمة اغتصاب او هتك عرض او لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

٣ — اذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق ، أو لاعتداء جسيم ، متى وقعت الجريمة على احد من تشمله الولاية .

٤ — اذا حكم بايداع احد المشمولين بولايته دارا من دور الاستصلاح وفقا للمادة (٦٧) من قانون العقوبات أو طبقا لقانون الأحداث المتشردين .

٥ — اذا عرض الولى للخطر صحة احد من تشملهم الولاية او سلامته ، او اخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة اوسوء القدوة ، نتيجة الاشتهار بفساد السيرة ، أو الادمان على الشرب او المخدرات ، أو بسبب عدم العناية او التوجيه ، ولا يشترط فى هذه الحال ان يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال .

المادة ٤ — يحكم بسلب الولاية ، ولوكانت الاسباب التى اقتضت سلبها سابقة لقيام الولاية أو لقيام سببها .

المادة ٥ — اذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو بوقفها عهدت بالصغير الى من يلى المحكوم عليه فيها قانونا ، فان امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير الى أى شخص

آخر ، ولو لم يكن قريبا له ، متى كان معروفا بحسن السمعة ، وصالحا للقيام على تربيته ، أو أن تعهد به لأحد المعاهد ، أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض ، وفى هذه الحال يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت اليه بالصغير بمباشرة كل أو بعض حقوق الولاية .

واذا قضت المحكمة بالحد من الولاية فوضت مباشرة الحقوق التى حرمت الولى منها الى احد الاقارب ، أو الى أى شخص مؤتمن ، أومعهد أو مؤسسة مما ذكر حسب الاحوال .

المادة ٦ — تقدر المحكمة نفقة الصغير على من تلزمه نفقته .

المادة ٧ — اذا وقعت جريمة على صغير او منه مما يوجب او يجيز سلب الولاية جاز لسلطة التحقيق أو الحكم ان تعهد بالصغير الى شخص مؤتمن يتعهد بملاحظته والمحافظة عليه ، أو الى معهد خيرى معترف به من وزارة الشؤون الاجتماعية ، حتى يفصل فى الجريمة وفى شان الولاية .

المادة ٨ — يجوز للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة على الولى فى الحالات المنصوص عليها فى المادة الثانية وفى البنود الأربعة من المادة الثالثة ان تحكم ايضا بسلب الولاية أو الحد منها ، أما ما يترتب على ذلك من تدابير وآثار ، فتحكم فيه المحكمة المختصة بناء على طلب النيابة او ذوى الشأن ، وفقا لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية .

المادة ٩ — فى البندين المنصوص عليهما ٤ ، ٥ من المادة (٣) يجوز للمحكمة بدلا من الحكم بسلب الولاية أو وقفها ان تعهد الى وزارة الشؤون الاجتماعية بالاشراف على تربية الصغير أو تعليمه ، اذا رات فى ذلك مصلحة له ، وللوزارة المذكورة أن تفوض فى ذلك احد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض ، واذا لم تتحقق الفائدة من هذا الاشراف لسبب يرجع الى الولى جاز رفع الأمر للمحكمة للنظر فى سلب الولاية .

المادة ١٠ — يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها عن المال ، ولا يجوز أن يقام الولى الذى حكم بسلب ولايته وصيا أو مشرفا ، أو قيما ، كما لا يجوز ان يختار وصيا .

المادة ١١ — يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقا للبند ٢ أو ٣ من المادة الثانية اوسلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها وفقا للبند ١ او ٢ أو ٣ من المادة الثالثة ، ان يطلبوا استرداد الحقوق التى سلبت منهم اذا رد

اعتبارهم . ويجوز لهم أيضا فى الأحوال المنصوص عليها فى البندين ٤ ، ٥ من المادة الثالثة اذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

المادة ١٢ — يقصد بالولى فى تطبيق احكام القانون ، الأب ، والجد ، والأم ، وكل شخص ضم اليه الصغير بقرار او حكم من جهة الاختصاص .

المادة ١٣ — على وزير العدل والشؤون الاجتماعية تنفيذ هذا القانون كل منهما فيما يخصه ويعمل به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

* * *

وهذا أول قانون منظم للولاية على النفس من حيث تحقيق بقاء الصلاحية على النفس .. وهو فى الواقع تطبيق لشرط العدالة والصلاحية فى الولى على النفس من حيث المحافظة والصيانة ، وخصوصا بالنسبة للصغار ، الذين اذا اهملوا كانوا فى قابل حياتهم عنصر هدم فى بناء الجماعة الانسانية .

ويلاحظ على هذا القانون ان فيه قصورا ادى الى التقليل من اثره ، وتبدو هذه الملاحظات فى الأمور الآتية :

أولها — ان القانون لم يكن له اثر فى التنفيذ ، وذلك من القانون نفسه ، وذلك انه يشتمل على ما ينبغى أن يتبع لتنفيذه ، فحكمه بسلب الولاية وجوبا أو سلبها جوازا أو وقفا ، لم يكن فيه ما يدل على الطريق لمعرفة الاسباب الموجبة للسلب أو الوقف ، أو المسوغة للسلب أو الوقف ، وكان ينبغى ان يشتمل على ذلك .

ولو أن ثمة تنفيذا لأحكام الحسبة الاسلامية لكان من الممكن اتخاذها ذريعة لمعرفة الاحوال الموجبة لسلب الولاية أو لتسويغه ، ولكن لم يوجد .

ولو أن المختصين فى وزارة الشؤون الاجتماعية تتبعوا الاسر التى يظن ان الولى على النفس لا يقوم بواجبه واتجهوا الى طلب سلب الولاية من محكمة الاحوال الشخصية الخاصة بشؤون القصر ، لاجدى ذلك اجداء عظيما .

ثانيها — انه جعل من حق محكمة الجنايات التى تحكم فى الجرائم المسوغة للسلب او الموجبة له ، أن تخبر بذلك محكمة الاحوال الشخصية ، لتتخذ الاجراءات لسلب الولاية ان كان ثمة مسوغ لذلك ، وكان ذلك حقا جوازيا ولم يكن واجبا عليها ، ولذلك لم تجد محكمة قد عنيت باستعمال ذلك الحق ، فلم تجعل من موضع دراستها للقضية تعرف ان له اولادا قصرا يحفظ نفوسهم او ليس له ، وفى الحال التى تكون الجريمة واقعة على المولى عليه ، لم تتجه الى مخاطبة محكمة الاحوال الشخصية ، لانها تطبق فقط قانون العقوبات بمقتضى عملها الاصلى ، فلم تتجه الى اى عمل آخر جاء به قانون خاص .

ثالثها — ان القانون لم يتعرض لاولئك المحكوم عليهم بأحكام مقيدة للحرية ، وأولادهم ، فانه لم يعبه لهم بأى نوع من أنواع البيان ، ومن حق اولئك الأولاد ان تراقب حالهم ، وان يحافظ عليهم وان يصانوا ، ولكن مع الأسف لا يلتفت اليهم لا من المحاكم ولا من وزارة الشئون الاجتماعية ، وكان يجب ان يشتمل القانون على احكام تبين الطريق لرعاية هؤلاء الأولاد الذين نشأوا فى بيئة كانت فيها جريمة ، وكانوا هم فريسة للحكم فى هذه الجريمة ، اذ حرموا الولاية ولو كانت ناقصة ، ولكنها رعاية نسبية يشعرون معها بالأبوة على اى حال يكون نوعها .

رابعها — ان عمل القانون كان خاصا بما يقع ، ولم يكن فيه رقابة مما يمكن أن يقع ، ومع ذلك لم يعالج ما يقع معالجة حاسمة ، بل أن دواءه لا يكاد يستعمل ، لعدم وجود من يطب للمريض من أسقامه .

خامسها — انه تعرض للولى فى اسوا احواله ، وهى حال ما اذا كان مجرما ، وكانت جريمته تقع على المولى عليهم ، او تكرر مع غيرهم ، او كان قد بلغ اقصى درجات الفساد ، وكان فساده متعديا ، وليس بقاصر ، ولكن لم يتعرض لحالات اهمال التربية ، واهمال المحافظة على النفس والعقل والخلق الا اذا فحشت أخلاق الولى ، وصارت تؤثر بالعدوى .

سادسها — انه فى بيان الولى على النفس ذكر الأب والجد والأم ، ولم يذكر سواهم ، فلم يكن كلامه متفقا مع مذهب من المذاهب الاسلامية المعمول بها فى الشريعة الاسلامية ، فلم يأخذ بمذهب الذين قصروا الولاية على العصبات ولا بمذهب الذين جعلوها لغيرهم من الاقارب .

ولكن يظهر انه اتجه الى جعل ولاية هؤلاء الثلاثة الذين ذكرهم ثابتة

بحكم القانون ، اما ولاية غيرهم فانها تثبت بتعيين القاضى والقاضى لا يعين أجنبيا ما دام هناك اخ شقيق أو لأب أو عم ، وكانوا عدولا يوثق بهم .

* * *

هذه ملاحظات عاجلة أبديناها على هذا القانون الذى هو الاول من نوعه فى البلاد العربية — ليكون العلاج شافيا ، وليكون الدواء مستوفيا لكل العناصر المانعة من استشراء الداء ، والله سبحانه هو الذى يحفظ الأنفس والعقول من الآثام .

ولاية التزويج

مدى ولاية التزويج : تكلمنا فيما مضى عن ولاية الحفظ والصيانة ، بالنسبة للقاصر ، سواء أكان صغيرا أم مجنونا ، ثم تكلمنا عن الاولياء ، لان قوة ولايتهم تختلف باختلاف قرابتهم ، وقد بينا اختلاف المذاهب فيهم ، وكان لابد من الكلام فيهم قبل الكلام فى ولاية التزويج خاصة ، لانها بعض عمل الاولياء ، وليست كل عملهم ، وهم يختلفون فيها من حيث قوة الولاية وضعفها ، فلابد من بيانهم قبل التصدى لبيانها بالذات ، لان بيانهم جزء من بيانها،وقد لاحظ القارىء اننا أثناء الكلام عن الاولياء كنا ننال اشطرا من الكلام فى ولاية الزواج ، وربما كان فى كلامنا بعض التكرار ، ولكننا سنباعده ما استطعنا الى ذلك سبيلا .

الولاية الاختيارية والاقوال المختلفة فيها :

ذكرنا من قبل أن الولاية الاجبارية تثبت على قاصرى العقل ، والولاية الاختيارية تثبت على المراة البالغة العاقلة والاســـاس فى ثبوت الولاية الاختيارية هو عدمصلاحية عبارة المراة لانشاء عقد الزواج وجواز استقلالها بعقد الزواج لنفسها من غير رضا وليها . وقد اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة اقـــوال :

١ ـــ قول أبى حنيفة أن لها أن تزوج نفسها بغير اذن وليها ، وزواجها صحيح لا اعتراض عليه مادام بكفء ، وهذا راى أبىحنيفة والرأىالراجح فى المذهب الامامى .

٢ ـــ راى جمهور الفقهاء ان الزواج لاينعقد بعبارة النساء مطلقا ، ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة ، وليس لوليها ان يجبرها ولو كانت بكرا على راى جمهور الفقهاء . وعند الشافعى له ان يجبرها اذا كانت بكرا ، وليس له أن يجبرها ان كانت ثيبا . وعند مالك ، له ان يجبر البكر الى

ان تبلغ الثلاثين أو الثالثة والثلاثين ، على الخلاف فى مذهب المالكية ، والجمهور على أنه لا فرق بين البكر والثيب .

٣ — ان المراة تتولى صيغة العقد بنفسها ، ولـكن ليس لها ان تعقد العقد بغير رضا وليها ، وعلى هـذا الراى أبو ثور من أصحاب الشافعى ، اذ قال : « ان المراة تنفرد بانشاء العقد وتتولى صيغته ، ولكن ليس لها ان تعقد من غير رضا وليها » . وقريب من ذلك قول الإمام محمد من أصحاب ابى حنيفة اذ قال : ان المراة اذا عقدت يكون عقدها موقوفا على اجازة وليها ، ان اجازه نفذ العقد وان لم يجز لا ينفذ .

وان هـذا الراى وسط بين الرايين السابقين : — راى أبى حنيفة ومعه الامامية الذى قرر ان لهـا ان تنشىء العقد ، وتنفرد به من غير رضـا وليهـا .

والراى الثانى الذى قال : انها لا تنشىء العقد بعبارتها ، ولابد من ان يضم راى وليها الى رايها . فأخـذ من الراى الاول الشطر الاول ، ومن الراى الثانى الشطر الثانى .

* * *

هـذا تلخيص الآراء ولنـذكر حجج كل راى منهـا ..

* **استدل جمهور الفقهاء لرايهم ، وهو يتكون من شـطرين :**

الشطر الاول — ان النـكاح لا ينشأ بصيغة من المراة :

اولا — بانه ورد فى القرآن النكاح بالنسبة للمراة مضافا الى الرجال . وورد بالنسبة للرجال مضافا اليهم ، فقال تعالى : « ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنـة خير من مشركة ، ولو اعجبتكم ، ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو اعجبكم » . وقال تعالى : « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » .

وثانيا — بأن الله تعالى نهى الرجال عن ان يعضلن النساء ولا يكون للعضل موضع اذا كن لايستطعن ان يعقدن بأنفسهن ، ولو كن يستطعن ان يعقدن ما تحقق العضل ، بل تذهب وتزوج نفسها ، فقد قال تعالى :

« وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف » ولا يمكن أن يراد المنع الحسي لأن ذلك يتصور وقوعه على الرجال والنساء ، والقاضي يتولى منع التعرض في ذلك .

وثالثا — بأن عقد الزواج عقد خطير له شأن ، ولذلك كان لابد فيه من الإعلان والشهرة ، ولا يتحققان إذا عقده النساء إذ يحضرنه فقط عادة ، لأن النساء لايظهرن بمقتضى الفطرة متفردات عن أهلهن في المجامع ، فكانت الصيغة للرجال .

هذه أدلة الشطر الأول من الرأي الأول .

أما أدلة الشطر الثاني — وهو رضاء وليها ، فهي تقوم على ثلاث دعائم :

الأولى — هو ماجاء في النصوص القرآنية السابقة من إسناد أنكاح المرأة إلى الرجال . وإسناده إليهم دليل على أنه لابد أن يكون لهم رأي فيه ، ولا يمكن أن يكون متولي الصيغة من غير أن تكون برضاه .

الثانية — ما ورد من الأخبار من اشتراط الولي في النكاح مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد » وقوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل » ، وقد ورد في معنى هذا الحديث آثار كثيرة يعضد بعضها بعضا ..

وفوق ذلك لم يعرف في صدر الإسلام أن امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها .

الثالثة — أن مصلحة المرأة في إشراك وليها في اختيار زوجها ، ففي ذلك مصلحة لها ، ومصلحة للأسرة كلها ..

أما مصلحتها : فلأن الرجال صناديق مغلقة على النساء وعقد الزواج بالنسبة لها عقد الحياة ، والنساء لا يعرفن أسرار الرجال ، لأن أكثرهن مخدرات ، والأغلبية منهن ، يؤثر فيهن الحس ، إذ تغلب عليهن العاطفة الوقتية السريعة الزوال فكان من مصلحتها أن يشترك معها وليها في الاختيار : إذ أنه ليس مأسورا بعاطفة خاصة فيختبر ويبحث من غير أن يستهويه منظر أو مظهر .

وأما مصلحة الأسرة : فلأن ذلك العقـد الخطير يعود على الولى وأسرتها بالعار او الفخار اذ ان الزواج ربط بين اسرتين ، والولى يؤذيه زواجها من خسيس ، ويشرفه زواجهـا من شريف .

وليس عقد الزواج كالعقود المالية التى تتولاها فى مالها ، لان خطرها ليس كخطره ، ولان التخلص من آثارها سهل وليس كالشأن فى عقـد الزواج ، وقد ذكر القرافى المالكى فى كتابه « الفروق » وجوها فى التفـرقة بين الزواج والتصرفات المـالية بالنسـبة للمراة منها .

١ — ان الابضاع اشد خطرا ، والاموال خسيسة بالنسبة لها مهما عظمت قيمتها ، فناسب فى الابضاع بالنسبة للمراة ان يشترك معها وليها .

٢ — وان الابضاع يعرض لها تحكم الهوى الذى يغطى عقل المراة ، ولا يحصل فى المـال مثل ذلك الهوى والشهوة القـاهرة .

٣ — وان المفسدة اذا حصلت فى الابضاع بسبب زواج غير الكفء حصل الضرر وتعدى الى الاولياء بالعار والفضيحة الشنعاء ، واذا حصل الفساد فى الاموال لايكاد يتعدى المراة . وقد سئل بعض الفضلاء عن المراة تزوج نفسها ، فقال : « المراة محل الزلل ، والعار اذا وقع لم يزل» (١) .

هـذه حجج الجمهور فى قولهم : ان الولى لابد ان يشارك البالغة العاقلة فى اختيار الزوج ، وانها ليس لها ان تتولى صيغة عقد الزواج ، واذا تولت الصيغة تولد باطلة غير منشئة للزواج .

وحجة اصحاب الراى الثانى الذى يقول : ان البالغة العاقلة تزوج نفسها بصيغتها بغير اذن وليها بشرط الكفاءة يقوم شطرها الأول وهو : صلاحية المراة لان تنشىء عقـد زواج بصيغتها على ما يأتى :

أولا — قوله تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان » الآية ، ثم قوله سبحانه وتعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فان هذا النص اسند النكاح اليها ، وهذا يدل على انه ينشأ بصيغتها .

---

(١) ملخص من الفروق .

وثانيا — قوله تعالى : « واذا طلقتم النســـاء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينحكن أزواجهن اذا تراضـــوا بينهم بالمعروف » فأســـند النكاح اليها ، وذلك دليـــل على انه يقع بصيغتها ؛ والمنع ليس بمقتضى الولاية ، ولكنه منع بالقهر والتغلب ، كما كان الشأن فى الجاهلية ، فالقرآن الكريم نهى عما كان يقع منهم فى الجاهلية من عضـــل المراة من ان تتزوج بقوة القهر وباستضـــعافها ، كالشأن عنـــد العرب والرومان والفرس وغيرهم ، فما كان ذلك امتناعا عن حق لهم يجب عليهم القيام به ، بل كان ذلك النص نهيا عن ظلم واقع وقهر ثالب .

وثالثا — ان صحة العقـــد تقوم على سلامة الصيغة بصدورها من اهلها فى محل صالح للحكم ، وان المراة العاقلة صيغتها صالحة لانشـــاء العقود كلها ، لا فرق بين عقد زواج وغيره ، بل كلها سواء ، ولا دليل بفرق بينهما .

هـــذه ادلة الشطر الاول .

بقى دليل الشطر الثانى ، وهو يقوم على النص ، وعلى القيـــاس والراى .

اما النص فهوماورد فى السنة من ان النبى صلى الله عليه وسلم قال :

« الايم احق بنفسها من وليها » والايم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا .

ويروى أن جارية جاءت الى النبى صـــلى الله عليه وســـلم تقول يارسول الله : ان ابى زوجنى من ابن اخيه ليرفع خسيسته وانا لا اريد . فذكر لها النبى صلى الله عليه وسلم أن هـــذا ليس لابيهـــا . فقالت الجارية : لقد امضيت ما ذكر ابى ، ولكن قلت ما قلت لـــكى يعلم النســاء ان ليس للرجال فى هـــذا أمر .

واما القيـــاس فانه يسوغ ان تنفرد المراة باختيار زوجهـــا من غير اعتراض من احد الا اذا كان من اختارته غير كفء وذلك من وجوه ثلاثة :

١ — ان لها ان تتولى امر مالها ، وليس لاحد عليها سلطان فى شأنه ، ولا فرق بين الامرين ، لان العلة هى كمال الولاية بكمال العقل ، وقـــد

سوغ ذلك لها التصرف المالي الذي قد يكون موضع حجر مع العقل ، فبالأولى يسوغ الزواج الذي لا حجر فيه مع العقل .

٢ — ان البلوغ مع العقل كاف لاثبات ولاية التزويج كاملة بالنسبة ، فتثبت الولاية كاملة بالنسبة للفتاة .

٣ — ان الولاية تثبت وتكون الحاجة اليها بسبب عجز العقل عن ادراك الامور ، وليس ثمة حاجة توجب هذه الولاية ، ولو كانت اختيارية أو اشتراكا في الاختيار .

حجة من يشترطون الولى ويصححون العقد بصيغتها :

هذه ادلة الرايين المتقابلين : الذى يمنع المراة من غير اذن الولى ، والذى يسوغ من غير استئذان . والذى يجعل المراة لا تصلح صيغتها لانشاء العقد ، والذى يجعل صيغتها صالحة . وبقيت ادلة الذين يقررون أن صيغة المراة صالحة لانشاء العقد ، ولكن لايمكن ان يكون العقد صحيحا من غير استئذان وليها .

* وادلة ذلك الراى تقوم على اساس أن الادلة متضافرة على اثبات ضرورة اشراك الولى في الاختيار ، ولا سبيل الى انكار النصوص الدالة على ذلك ، ولكن كون الصيغة من المراة لا تصلح لانشاء عقد الزواج لم يقم دليل على ذلك ، بل أن النصوص تومىء الى ان تزويجها لنفسها باذن الولى جائز ، لان النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « ايما امراة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » يومىء الى ان موضع البطلان هو الزواج بغير اذن ، وليس سبب البطلان هو توليها الصيغة ، ولا دليل من النصوص القرآنية التى سيقت ، يثبت أن النكاح لا ينعقد بصيغة المراة ، لان النكاح أضيف اليها ، كما ان انكاحها اضيف الى الرجل ، فكان اضافته مرة اليها ، واضافته مرة اليه دليل على انه ليس في النصوص القرآنية ما يرجح أحد الامرين ، وحيث لا ترجيح فلا منع .

على انه في الحقيقة ان الاساس هو رضا الولى في القضية ، فانه اذا كان راضيا بالزواج يندر بل يبعد ان يتركها تتولى الصيغة ، بل انها لا تريد هي ذلك ، وانما يتصور انشاؤها هي للعقد ان كانت مراغمة له ، ولم يلتفت الى رضاه، وان اباحنيفة ومن معه من الفقهاء لايختلفون في أصل الباعث على اشراك الولى مع البالغة العاقلة في اختيار الزوج ، ولكن الجمهور راوا ان الباعث يوجب ان تقيد المراة في الاختيار ، وراى ابو حنيفة

الا يقيدها ابتداء ، وذلك لانفقه الموضوع أن المراة يؤثر زواجها فيالاسرة ، فيجلب لها عارا ان اختارت غير كفء ويؤثر بالفخار ان اختارت كفؤا ، فرئى من اول الامر ان يكون الولى شريكا لها فى الاختيـار حتى لا يقع المحظور الذى يخشون ، وهو أن تزوج نفسها من غير كفء ويكون ذلك وقاية للأسرة .

واما ابو حنيفة رضى الله عنه ، فهو قد راى انه لا يصح أن تقيد حريتها فى الاختيار لامر يتوقع ، وقد يقع ، وكثيرا لا يقع ، وتقييد الحرية فى ذاته يعد ظلما ، فكان الاحتياط لحريتها فى اختيار الزوج يوجب الا يكون تدخل الا اذا وقع الشر بالفعل بأن تتزوج من غير كفء ، فيفسد العقـد على بعض الروايات عن أبى حنيفة ، ويكون للولى الاعتراض على الراى الآخـر .

ولذلك قرر ابو حنيفة انه يستحب أن تشرك المراة وليها فى اختيار زوجها ، ويسمى الولاية ولاية استحباب ، وان جمهور الفقهاء بالغوا فى التشدد فنفوا ان يعقد الزواج بعبارة المراة لخطورة العقد ، ولآثاره بالنسبة للأسرة ان لم تحسن الاختيار ، ولأن اعلانه يوجب أن يحضره الرجل ، ويكون بين الرجال كما اسلفنا .

اما ابو حنيفة ، فقد سار على الا تقيد حرية المراة فى أمر نفســها بارادة غيرها الا بالقدر الذى يمسهم ، وعقده بعبارتها لايمسهم ما دام بكفء وبمهر المثـل .

وابو حنيفة الذى ترك حرية الاختيار للمراة كاملة من غير ان يشركها احد ، قد القى عليها عبئا ، لأن الحرية دائما لا تختار من تكليف ملزم ، فهى ملزمة الا تتزوج الا كفؤا وبمهر المثل ، فاذا كان قد اعطاها او بعبارة ادق ابقى لهـا حريتها كاملة ، فهو قد احتاط لأسرتها ، فاشترط الكفاءة لصحة العقد ، او للزومه على اختلاف الرواية فى ذلك ، وهـذا بالنسبة لحق الكفاءة ، كما اشترط ان يكون المهر مهر المثل ، ويكون للولى ان يعترض ، حتى يبلغ مهر المثل ، او يفسخ العقـد ان لم يزد المهر .

اذا زوجت نفسها من غير كفء :

واذا زوجت نفسها من غير كفء ، فعلى ظاهر الرواية يكون للولى حق الاعتراض ، وعلى رواية الحسن بن زياد يكون العقد فاسدا اذا كان

لهـا ولى عاصب ولم يرض بالعقـد قبـل انشائه (١) ، وقـد رجح كمال الدين بن الهمـام فى فتح القـدير رواية الحسن بن زياد وقال فى ترجيحها : « كم واقع لا يرفع ، وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ، ولا كل قاض يعدل ، ولو احسن الولى وعدل القاضى ، فقد يترك انفة من التردد على ابواب الحكام ، واستثقالا لنفس الخصومات ، فيتقرر الضرر ، فكان منعه دفعا له ، وينبغى أن يقيد عدم الصحة بما اذا كان لها أولياء احياء ، لان عدم الصحة ، انما كان على ما وجهت به هذه الرواية دفعا لضرر ينالهم ، فانه قد يتقرر كما ذكرنا » .

ويتبين من هذا الكلام ان ترجيح صاحب فتح القدير لهذه الرواية ، انما هو للاحتياط للأولياء الأحياء ، فاذا لم يكن لها ولى حى ، فان العقـد يكون صحيحا ، وليس لأحد الاعتراض عليه ، لأن عدم الصحة لدفع الاذى ، كما ان حق الاعتراض الذى هو الأصل كان لدفع الأذى .

ومهما يكن تخريج ذلك ، فانه قريب من راى الجمهور فى الجملة ، اذ اخـذ به فى المآل ، وربما يكون ذلك الراى فى نهايته متفقا مع الذين قالوا لابد من اخذ راى الولى ، ولكن تنفرد المراة بانشـاء العقـد فى النتيجـة .

* * *

ولمـا كانت كفاءة الزوج هى الأساس فى الولاية الاختيارية ، وهى شرط لصحة الزوجية عند من يقررون للمراة حرية اختيار الزوج من غير اشتراك وليها ، ولأنها شرط عند كثير من الفقهاء فى الولاية الاجبارية كما سنبين ، وجب أن نتكلم فيها بكلمة موجزة ، قبل الكلام على ولاية الاجبار ، لأنها ذات صلة أقوى بولاية الاختيار ، وهى سبب ثبوتها لتتحقق الكفاءة بين الزوجين .

---

(١) هناك رواية ثالثة تقابل الروايتين السابقتين ، وهى أرفق فى الاعتراض ، فقد ذكرت هذه الرواية ان له حق الاعتراض ، والعقد لا يكون فاسدا ، ولكن حق الاعتراض ليس مطلقا عن الزمان ، بل هو مقيد بوقت ، وهو أن ينتهى بولادتها حفظا لحق الولد ، حتى يتربى بين ابويه ، فانه ينتهى بهذه الولادة حق الاعتراض ، ولو كان للولى عذر كالجهل بالزواج . والحق بعض الفقهاء الحبل الظاهر بالولادة » وبهذا الراى اخذ بعض المشروعات المصرية ، وهو مشروع سنة ١٩٥٦ فى المادة ٥١ منه وهذا نصها : « يسقط للولى حق فى الفسخ لعدم الكفاءة اذا ظهر حمل الزوجة » .

الكفاءة

اصل معناها : ــ الكفاءة فى اصل معناها اللغوى المساواة ، فيقال هذا كفء لذلك اى مساو له ، ويراد بها فى النكاح المساواة بين الزوجين فى امور مخصوصة يعتبر الاخلال فيها مفسدا للحياة الزوجية ، وقد اختلف الفقهاء فى هذه الأمور ، ما بين مكثر منها ، وما بين مقل .

ونتكلم الآن فى المذهب الحنفى ، ثم ننظر فيما عداه من حيث موافقته ومخالفتــه .

راى ابى حنيفة واصحابه

الحنفية يعتبرون وجوب المساواة فى ســتة امور : هى النسب والاسلام والحرية ، والمــال ، والتدين ، والحرفة ، على اتفاق فى بعض هذه الأمور ، واختلاف فى بعضها .

١ ــ الكفاءة فى النسب :

وقد اتفق فيها المذهب الحنفى على أن الكفاءة فى النسب معتبرة عند العرب ، وليست معتبرة عند غيرهم ، لأن العرب هم الذين يحتفظون بانسابهم وهم الذين يتفاخرون بها ، ولان الكفاءة مبنية على العرف وهذا عرف العرب دون غيرهم ، ولأن الآثار التى ادعوا صحتها وثبوتها عندهم يفيد اعتبارها عند العرب دون غيرهم .

وقد قالوا فى الكفاءة فى النسب ان غير العرب ليسوا اكفاء للعرب ، لانهم فى نظرهم دونهم ، والقرشى من العرب كفء لكل عربية مهما تكن قبيلتها ، ولكن روى عن الامام محمد انه استثنى بيت الخلافة وكان فى عصره هاشميا عباسيا ، فلم يجعل كفؤا لنسائه الا الهاشمى .

وليس كل عربى من غير قريش كفؤا للقريشية ، والعرب بعد ذلك

كلهم اكفاء لبعضهم ، وقد اخذوا فى ذلك بما روى منسوبا الى النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن ، والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل » . وهذا الخبر ان صح (١) يدل على ثلاثة امور :

أولها : أن الأعاجم لا كفاءة بينهم بالنسب وأن الكفاءة بينهم بالرجولة .

ثانيها : أن القبائل العربية ما عدا قريشا كلها متكافئة قبيلة بقبيلة .

ثالثها : ان قريشا بعضهم أكفاء لبعض ، من غير تفرقة وليس سائر العرب كفؤا لهم .

ومن هذا يتبين ان الاعاجم ليسوا اكفاء للعرب ، وأنهم لا اعتبار عندهم للكفاءة ، ولكن يجب ان يلاحظ أمران :

١ — انه روى عن أبى يوسف رضى الله عنه أن المولى إن اشتهر بفضل ، أو أحرز من الفضائل المشهورة ما يجعله ذا مكانة بين الناس يصير كفؤا للعربية ، بل القرشية حتى الهاشمية . وقد رجح ذلك فى المذهب الحنفى ، ولذلك تقرر فيه أن العالم الأعجمى كفء للقرشية العربية ، بل العلوية الفاطمية ، لأن شرف العلم فوق شرف النسب .

٢ — أنه روى عن الشافعى رضى الله عنه ، وعليه أكثر أصحابه من بعده أن الكفاءة معتبرة فى انساب الأعاجم فيما بينهم ، والأمر فيه الى عرفهم قياسا على اعتبار عرف العرب ، فيلاحظ عرفهم ، كما لاحظنا عرف العرب ، وذلك معقول لأنه أساس الكفاءة العرف ، فما دام بعض الاعاجم يعنون بأنسابهم كالعرب ، ويتميرون بزواج بعض نسائهم ممن دونهم نسبا ، فانه يجب اعتبارها عند مسلميهم كما أعتبرت عند العرب .

٢ — الكفاءة فى الاسلام :

الكفاءة فى الاسلام تعتبر عند الأعاجم فقط ، لأنهم بعد اسلامهم صار فخرهم بالاسلام ، ويقوم عندهم مقام النسب ، ويروى أنه تفاخر

---

(١) اختلفوا فى سند هذا الحديث ، والاكثرون ضعفوه ، لو انه جاء فى نيل الاوطار للشوكانى . « لم يثبت فى اعتبار الكفاءة حديث صحيح » .

جماعة من الصحابة بأنسابهم ، وسلمان الفارسي منهم ، فقالوا لسلمان ابن من انت ، فقال رضى الله عنه : « انا ابن الاسلام » فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه ، فبكى عمر وقال : « وانا ابن الاسلام » واذا كان فخرهم بالاسلام فقد اعتبر اساسا فى نسبهم بين المسلمين ، فمن اسلم بنفسه ليس كفؤا لمن لها اب فى الاسلام ، ومن له اب فى الاسلام ليس كفؤا لمن لها ابوان » ومن له ابوان فى الاسلام كفء لمن لها آباء وذلك لأن التعريف بالأب والجد ، فمن كان له أبوان ، فانه يكمل تعريفه .

ولقد قال أبو يوسف من له أب واحد كفء لمن لها آباء ، لان التعريف عنده بالاب فقط ، فيكون التعريف كاملا به ، وعلى ذلك يكون الاختلاف أساسه الاختلاف فى التعريف ، فمن اقتصر فى تعريف الأشخاص على اب واحد فانه يكتفى به ، ومن يوجب التعريف الكامل بأبوين اشترط فى كمال الكفاءة بالاسلام لمن لها آباء فيه اسلام ابوين . وترى من هذا ان ذلك الامر مبنى على العرف ، وعلى التعرف بالاشخاص من غير دليل من كتاب او سنة او اثر عن الصحابة رضوان الله تبارك وتعالى عنهم .

ولا تعتبر الكفاءة بالاسلام عند العرب ، لان شرفهم كان بالنسب ، فالعربى المسلم بنفسه كفء لمن لها آباء فى الاسلام .

٣ ــ الكفاءة فى الحرية :

وهى معتبرة عند الموالى فقط ، وليست معتبرة عند العرب ، لانه لم يقبل من العرب الا الاسلام او القتل .

والأصل فى اعتبارها ان الرق يجلب عارا للأسرة أكثر مما يجلب ضعف النسب أو قرب الطبقة فى الاسلام ، ويلاحظ أنه يعتبر فيها ما اعتبر فى الاسلام فالعبد ليس كفؤا للحرة ، والمعتق ليس كفؤا لمن لها أب فى الحرية ، ومن له اب فى الحرية ليس كفؤا لمن لها أبوان ، ومن له أبوان فيها كفء لمن لها آباء .

والاختلاف الذى جرى فى الاسلام بين ابى يوسف والطرفين ، جرى هنا « فهو يرى أن من يكون له اب فى الحرية كفء لمن لها آباء لأن التعريف عنده بالأب ، والطرفان يريان ان التعريف بالأب والجد .

واساس هذا النوع من الكفاءة هو العرف ، كما ذكرنا فى الكفاءة بالاسلام ، ولا يوجد نص يثبت ذلك .

٤ — الكفاءة فى المــال :

النوع الرابع من الكفاءة هى الكفاءة فى المــال ، وهى عند الحنفية معناها أن يكون قادرا على المهر والنفقة ، لأن من لا يقدر على مهــر امرأته ونفقتها لا يكون كفؤا ، بل انه لا يكون عادلا فى زواجه اذا كان لا يستطيع الانفاق على زوجته . والمهر حكم من أحكام الزواج ومن لا يكون قادرا عليه لا يــكون قادرا على أعبائه ، وفوق ذلك النفقــة تدفع بها حاجتها ، فهى الزم لها من النسب . وروى عن أبى يوسف أن القدرة على المهر ليست بشرط لتحقيق الكفاءة فى المــال ، وانما الشرط القدرة على النفقة لأنها هى التى بها تدوم العشرة ، وبها دوام العقد واستمراره غالبا . أما المهر فقــد يكون قادرا عليه بقدرة ابيه او امه او جده او جدته ، وغيرهم ممن جرت العــادة باهدائهم المهر ومعاونتهم فيه .

وروى عنه رواية أخرى ، وهو أن يكون قادرا على تقديم ما جرى العرف بتعجيله ، وقد جاء فى « فتح القدير » و « الهداية » أن ذلك رأى أئمة المذهب (١) .

وقدرته على النفقة تكون اذا كان كسوبا ، ولو كان لا يكتسب الا ما ينفق منه يوما بيوم ، وهذا ما قاله أبو يوسف ، وهو المعقول وقيل أن يملك نفقة شهر ، وقيل ستة اشهر ، وقيل سنة ، وفى « البحر » أن كان من أصحاب الحرف تكون القدرة بكونه كسوبا وان لم يكن ذا حرفة ، فالقدرة بنفقة شهر .

هذه هى الكفاءة فى المــال ، وهناك كفاءة تسمى كفاءة الغنى أو اليسار قد اختلف حولها فقهاء المذهب الحنفى ، ومعناها أن تكون ذات الثروة الكبيرة أو من تكون من اسرة ذات ثروة كبيرة لا يكون كفؤا لهــا الا من تكون ثروته قريبة من ثروتها أو ثروة أبيها ،وقد اختلف فقهاء الحنفية فى هذا النوع من الكفاءة اهو معتبر ام غير معتبر؟ فبعضهم اعتبرها لان الناس تعارفوا ذلك ، ولان المفاخرة بكثرة المال من شأن أهل الغنى ، وان ذات الغنى الكبير تتضرر من عشرة من لا يقاربها ثروة ، وما دامت الكفاءة تقوم على العرف ، فانه يجب اعتبار العرف فيها فتعتبره . وروى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « رأيت ذا المال عند الناس مهيبا ،

---

(١) وفى البدائع ان القدرة على المهر بالقدرة على مهر مثلها ، ولكن يظهر انه يكتفى بالقدرة على المسمى اذا سمى الاقل من مهر المثل الا اذا اعترض الولى ، فانه عند ابى حنيفة لا بد أن يرفع الى مهر المثل او يفسخ الزواج على ما أشرنا من قبل .

ورايت ذا الفقر مهينا » وقالت : « ان أحساب اهل الدنيا بنيت على المـــــال » .

والأكثرون فى المذهب الحنفى على عدم اعتبارها ، وهذا هو الاصح لان الكفاءة تكون فى الامور التى لا تتحقق أحكام الزواج الا بها كالقدرة على النفقـــة ، وفى الامور التى لا تقبل الزوال ، والغنى ليس من الامرين ، لان الغنى قابل للزوال ، اذ المال مال الله غاد ورائح ، فغنى اليوم يكون فقيرا غدا ، وليس فى عدم الغنى ما يمنع تنفيذ أحكام الزواج ، اذ القدر اللازم لتنفيذ أحكام الزواج كان فى الكفاءة فى المال فيكتفى بها .

وقد ذكرت « الهداية » ان اعتبار الكفاءة فى الغنى راى أبى حنيفة ومحمد ، ولكن ليست هذه رواية الاصول ، لان ما فى « المبسوط » وهو جامع كتب ، ظاهر الرواية يخالفها ، وكذلك ما فى المتون .

٥ ــ الكفاءة فى التدين :

النوع الخامس الكفاءة فى الديانة او التدين والمراد تدين المــرأة وصلاحها ، فالفاسق ليس كفؤا للصالحة بنت الصالح فان كان ابوها فاسقا ، او كان صالحا ، وبنته ليست مثله ، فالفاسق كفء باتفاق المذهب الحنفى .

واختلف النقل عن ائمة المذهب الحنفى فى اعتبار هذا النوع من الكفاءة، واصح الروايات أن محمدا يرى اعتبارها الا ان يكون مهيبا ذا شوكة بين الناس تمحو عار فسقه ، ولم يعتبر أبو حنيفة كفاءة التدين مطلقـــا ، لان الفسق قابل للزوال، وقال ذلك القول ابو يوسف الا اذا كان الفاسق يجهر بفسقه بين الناس ولا يخفيه ، ففى هذه الحال لا يكون كفؤا للصالحة بنت الصالح ، وهـــذا ما ذكر السرخسى فى المبسوط ، والهداية تسند القول باعتبارها الى الشيخين ، وحجة محمد فى اعتبارها باطلاق ان الصلاح من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق زوجها ، والفسق يخل بأحكام الزواج .

٦ ــ الكفـــاءة فى الحـــرفة :

والنوع السادس وهو الاخير الكفاءة فى الحرفة بأن تكون حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبى الزوجة ، وقد اعتبر هذا النوع من الكفاءة أبو يوسف ومحمد ، ولم يعتبره أبو حنيفة ، وروى عن أبى يوسف مثل قول أبى حنيفة الا أن تفحش كالحجام والدباغ والسائق وغيرهم من ذوى الحرف التى تنزل بأصحابها عن مراتب أصحاب البيوتات فى عرف الناس أو بعضهم .

ولا شك أن اعتبار هذا النوع من الكفاءة أساسه العرف ، اذ أن الناس ينفرون من الزواج ممن دونهم حرفة ، وخصوصا اذا فحش الفارق بينهما ، كالامثلة السابقة ، واذا كان العرف هو الاساس في الاعتبار فبمنطقه يعتبر ذلك النوع .

ومن لم يعتبر هذا النوع لاحظ ان الحرف أوصاف غير لازمة ، والزمان قلب ، والله يعطي ويمنع وهو على كل شيء قدير .

* * *

هذه هي الكفاءة في المذهب الحنفي ، ولنشر بعد ذلك الى موضع اختلاف المذاهب الأخرى عن المذهب الحنفي فيها .

الرأى الذى ينفي الكفاءة :

ونبدأ أولا بمذهب بعض الحنفية ، وهو ابو بكر الأصم ، فهو لم يعتبر الكفاءة مطلقا في الزواج باى حال من الاحوال ، ولا في اى نوع من الانواع ، لانها ليس لها أصل في الفقه الاسلامي ، ولاسند في كتاب الله ، ولا سنة صحيحة ، ثابته ولو بطريق الآحاد ، ولان الناس جميعا بحكم القرآن متساوون لا فضل لعربى على اعجمى الا بالتقوى ، ومن جعل الكفاءة بالنسب فقد صادم ذلك الحديث الشريف الصحيح ، وصادم النص القرآنى الذى يقول : « ان اكرمكم عند الله أتقاكم » . وقد استدل ايضا بأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بنى بياضة أن يزوجوا ابا هند ، وهو حجام ، وبان بلالا رضى الله عنه خطب الى قوم من الأنصار ، فأبوا ان يزوجوه ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قل لهم ، ان رسول الله صلى الله عليه وسم امركم أن تزوجونى » ولو كانت معتبرة ما أمرهم ، وأن الكفاءة لو كان لها في الشرع اعتبار لكان أولى بها في باب الدماء لانه يحتاط فيه بما لا يحتاط به في سائر الابواب ، ومع هذا لم تعتبر ، فالشريف يقتل بالضعيف فها هنا أولى ، وقال مثل هذا سفيان الثورى رضى الله سبحانه وتعالى عنه .

رأى المالكية في الكفاءة

المذهب المالكى لم يعتبر الكفاءة في النسب ، لأن في ذلك أخذا بالعصبية الجاهلية ، وقد نهى عنها النبى صلى الله عليه وسلم ، ولم يأخذ بالكفاءة في المال ولا في الصناعة ولا في الغنى ، لأن هذه أمور عارضة ،

وقد احتاط لحال من يتزوج ، وهو غير قادر على الانفاق بأن امرأته لها ان تطلب التفريق لعدم الانفاق ، سواء من عسرة ام كان عن امتناع مع قدرته ، انما الكفاءة عنده فى التقوى والسلامة من العيوب ، ولقد قال ابن القيم فى ذلك الراى انه روح الدين ، ولم يذكر الكفاءة فى الاسلام ، لأن الاسلام لايثبت بالنسب ، وانما يثبت بعمران القلب بالايمان ، وحسبه اعتبار التقوى المنصوص عليها فى قوله تعالى : « ان اكرمكم عند الله اتقاكم » .

واما بالنسبة للحرية ، فانه لم ينظر الى النسب فالحر بنفسه كفء لمن لها آباء فى الحرية ، ولكن كان النظر فى ذلك المذهب الى حال الزوج فقط أهو حر ام عبد ، وفى ذلك روايتـــان :

احداهما ــ ان العبـــد ليس كفؤا للحرة ، لأن الرق ينقص من قدره وينقص من قيامه بواجب الزوجية ، لأن لمالكه عليه حقوقا قد تنازع حقوق الزوجية ، فكان لابد من اعتبـــار الحرية فى هـــذه الدائرة .

الثانية ــ عدم اعتبارها جزءا من الكفاءة ، فالعبد كفء للحرة مادام له من التدين والتقوى ما يرفعه الى مكان الأبرار ، فانه لا عزة لأهـــل الايمان الا بالتقوى ولا فضل الا بها ، كما قال تعالى : « ان اكرمكم عنـــد الله اتقاكم » هذا مذهب مالك ، ونراه كان يتجه الى الابتعاد عن أخذ الشرف من الآباء والأجداد ، ولو كان يتعلق بالحرية والاسلام ، ويتجه الى المعانى الانسانية والدينيـــة فى الزوج نفسه اذا كانت من شأنها أن تبقى ، ولذلك اتجه الى السلامة من العيوب ، والتدين والتقوى ، وفى رواية انه اتجه الى الحرية الشخصية ، كما تبين من قبـــل .

راى الشـــافعيـــة فى الـــكفاءة

المذهب الشافعى قارب المذهب الحنفى فى أنواع الكفاءة التى بينا من قبل ، ولكنه زاد فى بعض الأمور ، ونقص بعضها ، وشدد فى بعضها بما لم يشدد الحنفى .

فزاد على المذهب الحنفى السلامة من العيوب ، ولا شك أن ذلك مطلوب عنده ومعقول ، لأن العيوب تفسد الحياة الزوجية فكان لابد من اعتبارها فى المساواة بين الرجل والمرأة ، ولأن لها أن تطلب التفريق من أجلها اذا ظهرت ، فيكون لأوليائها الاعتراض على الزواج بسببها ، ولو اختـــارت هى .

ولم يذكر المذهب الشافعى الكفاءة فى المال ، لأن المرأة لها طلب التفريق اذا تبين اعسار الزوج ، فكان هذا مغنيا عن اشتراط الكفاءة فى المال ، لأن آثار الزواج ستتحقق لا محالة .

وذكر الكفاءة فى النسب ، وكان فيها كالمذهب الحنفى تقريبا ، لأن الشافعى كان عربيا قرشيا ، فكان له أن يعتز بعربيته ، وموضع المفارقة أن أبا حنيفة لم يكن عربيا ، ومع ذلك كان أشد الفقهاء تمسكا فى اثبات كفاءة النسب وخصها بالعرب دون غيرهم ، والشافعى رضى الله عنه لم يقصر الكفاءة بالنسب على العرب بل جعلها فى غيرهم اذا كانوا يحفظون انسابهم ، ويتفاخرون بها ، لأن السبب هو حفظ النسب والتفاخر به ، والعرف الجارى به بينهم ، وهذا كما يكون فى العرب يكون فى الأعاجم وقد أشرنا الى ذلك من قبل .

واعتبر أيضا الكفاءة فى الاسلام بما يقارب المذهب الحنفى ، على اختلاف جزئى قليل .

واعتبر الكفاءة فى التدين الى حد ما ، وسماها الكفاءة فى الفقه ، وان كان الفقه ادق فى معناها من التدين ، لأنه التدين مع العلم بالفروع ، أما التدين ، فقد يكون من غير علم بالفروع .

أما الكفاءة فى الحرية ، فقد شدد فيها بما لم يشدد به أبو حنيفة وأصحابه . فمن دخل الرق فى اجداده ولو كان جدا بعيدا ليس كفؤا لمن لايعرف لها رق فى جدودها قط ، ومن لها رق فى احد جدودها ليس بكفء لها من كان له رق فى جد اقرب اليه من جدها الرقيق ، فمن كان جده الثالث رقيقا لا يكون كفؤا لمن يكون جدها الرابع رقيقا ، لأن العبرة عنده بالتساوى بينهما فى الحرية ومقدارها فروعا وأصولا .

وبالنسبة للكفاءة فى اليسار او الغنى فانها موضع خلاف فى ذلك المذهب ، والراجح فيه كالراجح فى المذهب الحنفى عدم اعتبارها ، لأن مال الله غاد ورائح ، فليس الغنى أو الفقر من الأمور اللازمة التى لا تنفك من الشخص .

رأى الحنابلة فى الكفاءة

المذهب الحنبلى فيه روايتان عن أحمد :

احداهما : كالمذهب الشافعى ، وقد بيناه ما عدا السلامة من العيوب فى الجملة ، فهو لم يجعل السلامة من العيوب شرطا من شروط الكفاءة

بحيث يسوغ للولى الاعتراض اذا لم يكن الزوج سليما من العيوب ، فلا يعترض لذلك مع موافقتها .

والرواية الثانية ــ انه لاكفاءة الا فى التقوى والنسب ، وبذلك يلتقى المذهبان الحنبلى والمالكى فى اعتبار التقوى ، ويفترقان فى أن الحنبلى اعتبر النسب ، والمالكى لم يعتبره .

وخلاصة المذهب الحنبلى ان أمرين اتفقت الرواية فيهما ، وهما التقوى والنسب ، فالكفاءة فيهما معتبرة باتفاق الروايات ، اما ماعدا هذين الأمرين فقد اختلفت فيهما الروايات ، فرواية أنها تعتبر ، ورواية أخرى أنها لا تعتبر ، وقد رجح ابن القيم راى المالكية ، وقال انه روح الاسلام ، ونحن مع ترجيحه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

الولاية الاختيارية في الزواج والكفاءة

اشتراط كفاءة الرجل وعدم اشتراط كفاءة المرأة :

يلاحظ أن الكفاءة حق للولي العاصب ، فله الاعتراض ان تزوجت بنفسها أو يفسد الزواج ، وهذا عند من يجيز لها أن تعقد بنفسها ، ولها الاعتراض ان وكلت فى زواجها وليها أو غيره ، فزوجها بغير كفء على ما هو مبين فى الولى . ولكن الاعتراض بعدم الكفاءة لايظهر اذا كان الذى تولى الزواج هو الولى المقدم على غيره ، فانه هو الذى ينمير بعدم الكفاءة ، وهو الذى تولى ، ولا ساغ له الاعتراض على فعل نفسه الا اذا كان ثمة تعزير به او بها ، فان الاعتراض حينئذ أو حق الفسخ يكون بسبب هـذا التعزير .

ولنبتدىء من بعـد ذلك ببيـان القوانين العربيـة ، وما اخذت بالنسبة للولاية الاختيـارية والكفاءة .

ونقرر هنا ان الجمهورية العربية المتحدة تأخذ بمذهب ابى حنيفة فى احكامها ، وهو ان الولاية الاختيارية فيها غير ثابتة ، بل ان المرأة تتولى عقد زواجها ، اذ المطبق هو رأى أبى حنيفة رضى الله عنه .

وهو يشترط أن يكون الزوج كفؤا للمرأة ، ولا يشترط أن تكون المرأة كفؤا للرجل ، وذلك لأن الاحكام الواردة فى الكفاءة تتجه كلهـا الى اشتراطهـا فى جانب الرجـل ، والعرف يعير أسرة المرأة بالزوج غير الكفء ، ولا تعير أسرة الرجل اذا كانت زوجته غير كفء ، ولأن الرجل يرفع المرأة الى مقامه من الشرف والاعتبار اذا كان رفيعا وكانت هى فى أصلها خسيسة ، ولا ترفعه هى الى مرتبتها اذا كانت نسيبة ، ذات شرف ، بل ان شرفها يهوى معه . ولأن الرجل يملك الطلاق فى أى وقت فيستطيع رفع الخسة عن نفسه ان كان ما يلحته ، والمرأة لا تستطيع الطـلاق ،

فلا تستطيع رفع خسة الرجل ، ولا تستطيع اسرتها رفعها الا بفسخ الزواج ، فكان لها حق الفسخ ابتداء ، او وقع العقد فاسدا .

ولا تعتبر الكفاءة من جانب المراة اى لايشترط ان تكون المراة كفؤا للزوج الا فى صورتين :

احداهما — فى الولاية الاجبارية ، فان تزويج الصغير والمجنون اذا كان الولى غير الأب او الجد او كان احدهما وكان معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا ، فان الزواج لا يصح الا اذا كانت الزوجة كفؤا على ما سنبين فى الولاية الاجبارية .

الثانية — اذا وكل رجل آخر فى تزويج نفسه ، واطلق الوكالة ، فان الصاحبين قالوا ان الوكيل يكون مقيدا بالكفاءة فلا يزوجه الا من امراة ، لان المطلق ينصرف الى الفرد الكامل ، والفرد الكامل هو الكفء ، ولانه وكله ليستعين برايه ، والاستعانة لا يكون مظهرها الا اذا اختار له الكفء السليمة من العيوب .

من له حق الاعتراض :

والذى له حق الاعتراض عند نقص الكفاءة هو الولى العاصب القريب ، فان رضى الولى القريب فليس لأحد من بعده أن يعترض ، لانه لا اثر لولاية من بعده مادام هو حيا . وان لم يرض الولى القريب فلا عبرة برضا غيره ، اذ لا ولاية للبعيد مع وجود القريب ، ولان القريب هو الذى يرغب فى المصلحة ، ويشعر بالعار أكثر من غيره ، واذا تعدد الأولياء وكانوا فى درجة واحدة من القرابة ، ولا رجحان لأحدهم على الآخرين ، فقد قال ابو حنيفة ومحمد ان رضا بعضهم يزيل حق سائرهم فى الاعتراض ويلزمهم ، لان الولاية لا تتجزا ، ولان القرابة هى السبب واذا تحقق السبب ، وجد المسبب كاملا غير منقوص ، وذلك كحق العفو فى القصاص اذا صدر عن بعضهم الزم باقيهم ، فاذا رضى بعضهم بالعقد اعتبر رضا من الباقين ، كما اذا باشر أحدهم العقد ، ليس لأحد من بعد الاعتراض ، هذا وان رضا بعضهم يدل على ان ما ينالها من مصلحة فى الزواج اكبر مما ينالهم من عار فيه بسبب عدم الكفاءة ، أو لاعار اذ لايثبت العار فى كل حال لا تتوافر فيها الكفاءة .

وقال ابو يوسف وزفر لا يسقط حق الأولياء المتساوين فى الدرجة اذا رضى بعضهم بالعقد ، لأن حق الكفاءة حق مشترك لا يسقط برضا

بعضهم ، بل لابد من رضا جميعهم ، فاذا رضى بعضهم فقد أسقط حقه هو دون حق غيره ، لأن رضا احدهم ليس اقوى من رضاها ، واذا كان رضاها لا يسقط حقهم فى الاعتراض ، فأولى الا يسقط حق جميعهم برضا بعضهم .

المعمول به فى مصر بالنسبة للكفاءة

المعمول به هو المذهب الحنفى كما ذكرنا ، ولكن قد وجدت اقتراحات خاصة بالكفاءة ، واقتراحات خاصة بالولاية الاختيارية .

أما الخاص بالكفاءة ـ فقد وجد اقتراحان أحدهما كان فى مشروع القانون الذىأعد سنة ١٩٥٦ ، فانه قد اسقط الكفاءة فىالحرية والاسلام، وأبقى ماعداها مما جاء فىالمذهب الحنفى ، وهذا نص المادة « ٤٥ » منه :

« يشترط فى لزوم الزواج ان يكون الرجل وقت انعقاد العقد كفوا للمرأة من حيث النسب والديانة والمال والمهنة وذلك حسب العرف وتقدير القاضى . »

والاقتراح الثانى كان فى المشروع الذى تم وضعه سنة ١٩٦٥ وفيه الغيت الكفاءة الغاء تاما الا فى التدين كما هو مذهب أبى بكر الأصم وسفيان الثورى ، ومعنى مذهب مالك فى الجملة ، والرواية الراجحة فى مذهب الامام أحمد رضى الله عنهما .

وفيما يختص بولاية الاختيار ، فان المعمول به كما ذكرنا هو راى أبى حنيفة رضى الله عنه ، وهو أن المرأة تتولى عقد زواجها بنفسها ، وليس لأحد عليها من سبيل ما دامت قد اختارت الكفء ، وكان العقد بمهر المثل ، والا فانه للولى حق الاعتراض على ما هو مذهب أبى حنيفة والرواية الراجحة فيه ، وهو كون العقد يقع فاسدا .

لمهيد

ولكن وجد فى المشروع الذى تم اعداده سنة ١٩٦٥ أنه « لابد من ثبوت ولاية الاختيار اذا كانت بين البلوغ الطبيعى ، وبلوغ الرشد ، وكان ذلك اخذا بآراء جمهور الفقهاء ، لأن الفتاة فى هذه السن لا تكون كاملة النضج ، وهى متهمة بسوء الاختيار ، فلا تنفرد بالاختيار ، بل لابد ان يشركها وليها » .

المعمول به فى السـودان

المعمول به فى السودان هو بشكل علم المذهب الحنفى بحيث ما لا يكون فيه نص من المنشورات يتبع فيه مذهب أبى حنيفة ، وفى باب الولاية فى الزواج كانت الأحكام مأخوذة من مذهب مالك فترتيب الاوليـاء ماخوذ من مذهب مالك الذى بيناه آنفا ، وبالنسبة للولاية الاختيارية والاجبارية كان مذهب مالك مع بعض التطوير ، فكان فى المنشور رقم ٣٥ الصادر فى ٢٢ مارس سـنة ١٩٦٣ .

وان ذلك المنشور نص فيه على أن الولاية ثابتة على كل امـراة ، الولاية الاجبارية تثبت على البكر ، حتى تبلغ الثالثة والثلاثين كما هو مذهب مالك ، والولاية الاختيارية تثبت على الثيب ، ولذلك صدرت المـادة الاولى منه بهذا النص :

« الولى للمراة بشروطه شرط لصحة الزواج ، فلا ينعقد زواج بدونه ، والعاقدان للزواج الولى والزوج او من يقوم مقامهما » .

واما الثيب فلا يزوجها وليها الا باختيارها ، فلا بد من رايها وراى وليها اذا كانت بالغة عاقلة ، وقد نصت على ذلك المـادة السادسة ، وهذا نصها :

« لا يجبر الأب ابنته البالغة التى زالت بكارتها بعقد زواج صحيح او فاسد مختلف فيه او مجمع على فساده ، ويدرا الحد ، ولابنته البكر التى رشدها بعد البلوغ بقوله لها رشدتك اطلقت يدك او نحوه ، ولابنته التى اقامت فى بيتها الساكنة فيه مع زوجها سنة من حين دخول الزوج بها ، ولو انكرت الوطء ، بعد فراقها منه ، وانفقها الزوج أم لا الا اذا علم عدم خلوة الزوج بها ، فلا يرتفع اجباره عنها ، ولو اقامت معقودا عليهـا سـنين » .

ويستفاد من هذه المادة أن كل امراة لا تدخل فى الولاية الاجبـارية لابد من اختيارها ، وقد اضيف الى الثيب نوعان من الابكار لاتثبت عليهما ولاية الاجبار ، بل ولاية الاختيار .

الاولى ــ البالغة التى رشدت ، بأن اعتبرها وليها رشيدة ، وقال لها رشدتك ، اى عاملها معاملة الراشدين الذين لا يبت فى أمرهم من غـير رايهم ، وهذه لابد من اخذ رايها فى زواجهـا ، حتى لا ينقض أمـرا تم

من جهته ، فقد اعتبرها رشيدة مدركة ، فلا يسوغ له ان يرجع فى الأمر الذى ابرمه من قبله ، ويظهر انه يشبه هذه من يحكم قانون الولاية المالية برشدها . لأن حكم القانون بالرشد لا يقل قوة عن ترشيد الولى لها .

الثانية — المراة التى انتقلت الى بيت الزوجية ، وثبتت خلوة الزوج بها ، واخليت بينهما الاستار ، ولم يدخل بها ، سواء وافقها فى عدم الدخول ام خالفها ، فانها وان كانت بكرا تعتبر فى حكم الثيب اذا استمرت ساكنة فى بيت الزوجية سنة كاملة الا اذا اثبت الزوج عدم الخلوة بها فى اثناء هذه السنة .

ونرى ان هذا المنشور ادخل الأبكار فى حكم المجبرات ، الا فى هاتين الحالتين المذكورتين .

ولقد جاء بعد ذلك المنشور رقم ٥٤ الصادر فى ٢٨/م/١٩٦٠ والغى الاجبار عن البالغة البكر باطلاق ، لا فى حال دون حال ، ونصت على ذلك المواد ٦ ، ٧ :

المادة ٦ — البالغة تزوج باذنها ورضاها بالزوج والمهر ، ويقبل قولها فى بلوغها ما لم يكذبها الظاهر ، فان كانت بكرا اعتبر صمتها رضا بالزوج والمهر . ولا يقبل من البكر دعوى جهلها بأن صمتها رضا الا اذا عرفت بالبله . فاذا عرض عليها الزوج والمهر فرفضت بالقول او ظهر منها ما يدل على الامتناع من فعل او قول فلا تزوج لعدم رضاها ، فان زوجت فسخ العقد ، ولو اجازته بعد رفضها . وان كانت ثيبا لا يكفى صمتها فى تفويض العقد للولى ، ولابد أن تعرب بلسانها عما فى نفسها عن الرضا بالزوج والصداق .

المادة ٧ — البكر البالغ اذا عقد عليها بغير اذنها ، ثم اخبرها بالعقد فلابد من قبولها بالقول صراحة فان لم تقبل فسخ العقد . هذا نص بعض المنشور ، ونرى انه خالف المنشور المرقوم بخمسة وثلاثين فى أن البكر البالغة خرجت عن ولاية الاجبار ، ولا بد من استئذانها . كما هو المذهب الحنفى ، وخولف بذلك المذهب المالكى .

ويلاحظ انه فرق فى البكر بين حالين :

احداهما — ما اذا كان العقد بحضرتها او كان انشاؤه بعلمها وبتفويض من وليها قبل مباشرته ، فان المادة السادسة صرحت بأن صمتها اذن ، كما قال النبى صلى الله عليه وسلم اذنها صمتها . وأما

اذا كان العقد ابتداء بغير تفويض منها ، ولم يكن بحضرتها ، وهى الحال الثانية — فان العقد لا يصح الا بعد اذنها ، واذنها لابد ان يكون بالقول ، اومايقوم مقامه ، ولايكفى الصمت للقبول ، لأن الاساس هوالحياء ، وهو واضح عندما يكون العقد بحضرتها ، أو بتفويضها ، ولكن لايكون الحياء بالسكوت دليلا على الرضا اذا كان العقد فى غيبتها ، ثم كان الاستئذان من بعد ذلك ، وقد نصت على ذلك المادة السابعة .

ويلاحظ فى المعمول به فى السودان انه وافق الراجح فى المذهب الحنفى انه اذا تعدد الاولياء فى الولاية الاختيارية ، وكانوا فى مرتبة واحدة ، فايهما عقد ورضى بالعقد والزوج فان العقد يصح وينفذ .

وقد اختلف مع المذهب الحنفى فى ان الولى الذى يعد البكر رضا بالصمت عند استئذانه هو الأب أو الجد ، اما غيرهما ، فلابد ان ترضى صراحة بالقول ، ولايغنى الصمت عن القبول بالقول ، لانها تستحيى منهما وتستحيى عن التصريح بالقبول ، ولا تستحيى من الرد ؟ اما غيرهما من الاخوة ، والأعمام ، فليس لهم هذه المنزلة ، فالحياء منهم لا يكون كالحياء منهما ، ولذلك لا يتعين السكوت معهم دليلا على الرضا كالسكوت مع الأب والجد .

المعمول به فى العراق

فى قانون العراق اخذ براى ابى حنيفة . من انه لا تثبت على المراة ولاية الاختيار بمعنى ان البالغة العاقلة لها ان تزوج نفسها وليس للولى ان يعترض على ذلك الزواج ، وفى ذلك اخذ بمذهب أبى حنيفة فى الجملة ، ولكن لم يتعرض القانون العراقى ١٥٨ لسنة ١٩٥٩ ولا تعديله فى اشتراط ان يكون عقد المراة بكفء ، فهل اهمل الكفاءة اهمالا تاما ولم يتمسك باشتراطها اذا تولت المراة زواج نفسها من غير رضا وليها ، ولا اذنه ؟ لو كان قد نص على انه يعمل بمذهب الحنفية فيما لم ينص عليه فى هذا القانون ؛ لقلنا اننا نتبع المذهب الحنفى ، فيكون العقد فاسدا اذا تولته المراة ، وذلك على رواية الحسن بن زياد اللؤلؤى ؛ وهو ما رجحه ابن الهمام ، كما ذكرنا من قبل .

ولكن جاء النص فى القانون السابق فى صدره على الوجه الآتى :

« المادة الاولى — تسرى النصوص التشريعية فى هذا القانون على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها او فحواها .

المـادة الثانية ــ اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه فيحكـم بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لهذا القانون .

المـادة الثالثة ــ تسترشد المحاكم فى كل ذلك بالاحكام التى أقرها القضاء والفقه الاسلامى فى العراق ، وفى البلاد الاسلامية الأخرى التى تتقارب قوانينها من القوانين العراقية » .

وانه بلا شك فى هذا النص يتجـه الى البحث عمـا يلائم القانون العراقى فيما يتعلق بولاية المرأة أمر زواجها بنفسها فلا نجد هنا الا رأى شيخ فقهاء العراق أبى حنيفة رضى الله عنه ، وعلى ذلك يكون اطلاق زواج المرأة لنفسها هو الذى يتفق مع رأى أبى حنيفة ، فيلائمه ، وعـلى ذلك يكون من الضرورى أن يكون زواجها من كفء وبمهر المثل ، وأن تفسير الكفاءة يكون على مقتضى الفقه الحنفى ، لأنه هو الذى يلائم القـانون العراقى .

المعمول به فى الأردن

جاء بأحكام الزواج ، كما أشرنا من قبـل ــ القـانون رقـم ٩٢ لسنة ١٩٥١ الصادر بتاريخ ١٩٥١/٨/١٦ ــ ، وقد جاء بالمادة الخامسة من هذا القانون ، ما نصه :

« للقاضى حق تزويج البكر والثيب التى أتمت السابعة عشرة من عمرها من الكفء ، حال عضل الولى ، وامتناعه عن تزويجها وذلك عند الطلب » .

فان فحوى هذه المادة أن زواج البالغة العاقلة التى وصلت الى السابعة عشرة من عمرها يتولى تزويجها الولى برضـاها ، فان امتنع من غير مبرر اعتبر عاضلا ، والقاضى حينئذ يتولى العقد رفعا لهذا الظلم ، وبذلك يكون القانون كما يدل هذا التضمن متجها الى الأخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذى يرى أن المرأة لا تتولى عقد زواجها ، بل يتولاها وليها ، والا فانها تتزوج بنفسها عند امتناع وليها ، ولا تحتاج الى أن يتولى القاضى صيغة الزواج بنفسـه أو بمن ينيبه .

وانه بمراجعة المادة الرابعة وجمعها بالمادة الخامسـة يتبين أن البالغة لهـا دوران :

احدهما ـ من الخامسة عشرة الى ما قبل تمام السابعة عشرة ، لا لا يتولى الولى زواجها ، ولو كانت هى راضية وطلبته منه ، بل لابد من طلبها واذن القاضى ، ويتولى من بعد ذلك الولى صيغة العقد ، وقد اشرنا الى هذه المادة من قبل .

الدور الثانى ـ السابعة عشرة ، فان وليها يتولى زواجها ولا تتولى هى صيغة العقد ، كما هو راى الجمهور ولكن لابد من رضا ، ولكن اذا امتنع الولى عن زواجها ممن رضيته عضلا ، فانها ترفع أمرها الى القاضى ليرفع الظلم ، وان هذا بلا ريب سير على راى الجمهور .

وبالنسبة للكفاءة ، فانه لم ينص على مواضع اعتبارها ، فهل يرجع فى ذلك الى مذهب ابى حنيفة ؟ الظاهر ذلك لانه جاء فى المادة (١٢٩) ما نصه :

« ما لا ذكر له فى هذا القانون يرجع الى الراجح من مذهب ابى حنيفة » .

والكفاءة لم ينص على انواعها .

وقد يقول قائل : انه ما دام الزواج هو الذى يتولاه الولى : فانه لا جدية فى النظر الى الكفاءة . ونقول فى ذلك ، ان ذلك الكلام له موضعه بالنسبة لانشاء العقد ، ولكن له نظرة اذا كان الولى قد امتنع عن التزويج لنقصان كفاءة ممن رضيته المراة زوجا ، فلا يعد عاضلا اذا امتنع عن تزويجه منها لانه امتناع بسببه شرعى مقبول ، والقاضى يوليه اعتباره أن رفع الامر اليه .

وقد اتى القانون الأردنى بنص فى الكفاءة ليس له نظير فى الفقه الاسلامى ، فقد جاء فى المادة السادسة بعنوان الكفاءة فى السن ، ما نصه : « لا يجيز القاضى او نائبه نكاحا فيه تفاوت فى السن ، يتجاوز العشرين عاما قبل ان يتأكد من رضا الاصغر سنا وانه قابل لذلك دون جبر أو اكراه ، وان مصلحته متحققه فى ذلك » .

وقد كان ذلك القانون فى هذا قدوة للقانون السورى من بعده ، وقد عرض ذلك عند دراسه الأحوال الشخصية فى مصر ، فرفضته اللجنة بالاجماع ، لانه تدخل فى الحرية الشخصية ، وكل عاقد يتحمل تبعات ما يفعل .

المعمول به في سوريا

القانون السوري لم يشترط ان يتولى الولى زواج المراة العاقلة ، بل انها تتولى زواجها بنفسها ، ولكن الزواج سواء أكان طالبه رجلا او امرأة لابد فيه من اذن القاضى ، كما هو الأصل فى قانون حقوق العائلة العثمانى ، وقد جاءت مواد القانون السوري مبينة حق المراة فى تزويج نفسها بعد استئذان القاضى كالرجل ، فقد جاء فى المادة التاسعة عشرة ما نصـــه :

« الكبيرة التي اتمت السابعة عشرة اذا أرادت الزواج يطلب القاضى من وليها بيان رايه خلال مدة يحددها له فاذا لم يعترض أوكان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة » .

وهنا نجد القانون توسط فى الأخذ من آراء المذاهب ، فلم يأخذ براى الجمهور الذين قالوا ان الزواج لاينعقد بصيغة النساء ، وان الولى هو الذى يتولاه ، كما لم يأخذ برأى أبى حنيفة الذى أعطى المراة الحق كاملا فى تزويج نفسها من الكفء ، بل جعل القاضى يتولى استئذان الولى ، واخذ رايه فان اعترض ابتداء بوجه معقول امتنع عن الاذن ، وان لم ير الوجه معقولا ، اذن لها .

ويلاحظ أن عدم الاذن لم يمنع صحة الزواج ، ولكن فرضت عقوبة على من يفعل ذلك .

وبالنسبة للكفاءة فقد تعرضت لذلك المـواد ٢٦ — ٣٢ ، وهـــذا نصـــها .

المادة ٢٦ — يشترط فى لزوم الزواج ان يكون الرجل كفؤا للمراة .

المادة ٢٧ — اذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولى فان كان الزوج كفؤا لزم العقد ، والا فللولى طلب فسخ النكـــاح .

المادة ٢٨ — العبرة فى الـكفاءة لعرف البـلد .

المادة ٢٩ — الكفاءة حق خاص للمراة والولى .

المادة ٣٠ — يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة اذا حملت المراة .

المادة ٣١ — تراعى الـكفاءة عند العقد ولا يؤثر زوالها بعــده .

المادة ٣٢ — اذا اشترطت الكفاءة حين العقد ، أو اخبر الزوج انه كفء ، كان لكل من الولى والزوجة طلب فسخ العقد .

ويتبين من هذا أن القانون السورى أخذ فى باب الكفاءة كثيرا من أحكام المذهب الحنفى ، فحق الفسخ للولى هو ظاهر الرواية فى ذلك المذهب ، ولم يأخذ برواية الحسن بن زياد ، وملاحظة الكفاءة عند العقد فقط هوماصرح به فقهاء الاحناف ، واشتراط الكفاءة يجيز للمرأة الفسخ ، كما يجيز للولى من المبادىء المقررة فى ذلك المذهب ، وكون الكفاءة حقا للولى هو أيضـــا ما صرح به الحنفية .

ولقد أحسن القانون فى أنه لم يعد الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة عدا ، بل جعل العرف مقياسها ، وترك تقدير ذلك للقضاء .

وقد تعرض القانون بعبارات مبهمة للفارق الكبير فى السن ، فاشترط التناسب ، وعند الافتراق اشترط الا تكون مصلحة مسوغة ، وترك ذلك لتقدير القضـــاء ، وهـــذا نص المـــادة ١٩ :

« اذا كان الخاطبان غير متناسبين ، ولم يكن مصلحة فى هذا الزواج ، فللقاضى ان يأذن به » .

المعمول به فى تونس

الراغبون فى الزواج يقسمهم القانون التونسى الى أقسام ثلاثة :

القسم الأول ــ من قبل الخامسة عشرة للصغيرة ، والثامنة عشرة للصـــغير ــ لايجوز الزواج الا باذن خاص من الحاكم وذلك بعد ثبوت البلوغ الطبيعى ، وقبل البلوغ الطبيعى لا زواج كما اسلفنا من القول . والزواج فى تلك السن يظهر أنه من حق الحاكم وحده ، وقـــد نص على ذلك فى المـــادة الخامسة .

القسم الثانى ــ فى الفترة ما بين الخامسة عشرة للصغيرة أو الثامنة عشرة للصغير الى العشرين ، وفى هذه الحال لا ينفذ الا برضا الولى ، وقد نص على ذلك فى المادة السادسة التى تسمى ــ الفصل ــ وهـــذا نصـــــها :

« الفصل السادس : زواج الرجل والمرأة اللذين لم يبلغا سن الرشد القانونى يتوقف على موافقة الولى ، فان امتنع الولى من هذه الموافقة ، وتمسك كل برغبته رفع الامر للحاكم » .

وسن الرشد قد بينته المادة ١٥٣ وهذا نصها :

«يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد ، وهى عشرون سنة كاملة » .

وعلى ذلك تكون الفترة ما بين الخامسة عشرة والثامنة عشرة الى العشرين تكون ولاية اختيارية ، ويلاحظ أن هذه الولاية لا تكون على المرأة وحدها ، بل تكون على الرجل أيضا ، فمن لم يبلغ العشرين ليس له أن ينفرد بالزواج ، بل يشترك معه وليه العاصب فى ذلك .

القسم الثالث — بعد تمام العشرين لا تكون ثمة ولاية تزويج لا اختيارية ولا اجبارية ، وفى هذا الجزء يلتقى مع رأى ابى حنيفة الذى يمنع الولاية بعد البلوغ ، بيد ان هذا عينها عند تمام العشرين ، لا عند البلوغ ، ولكن ابا حنيفة احتاط للأولياء ، فجعل لهم الحق فى طلب الفسخ اذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، أو تزوجت بغير كفء ، بل ان رواية الحسن بن زياد تفيد أن الزواج يكون فاسدا اذا زوجت نفسها من غير كفء ، وليس فى القانون المغربى ذلك الاحتياط لحق الأوليـاء .

بل ان ذلك القانون لم يتعرض للاحتياط للأولياء ، لأن المادة التاسعة التى اطلقت للمرأة حق تزويج نفسها لم تتقيد بالكفاءة ، ولابغيرها ، وهذا نصـها :

« للزوج والزوجة أن يتوليا عقد زواجهما بأنفسهما ، وأن يوكلا به من شاءا ، وللولى حق التوكيل أيضـا » .

والأولياء الذين يتولون التزويج هم الذين عرفتهم المادة الثامنة ، وهم كالمذهب المالكى ، ونصها :

«الولى هو العاصب بالنسب ، ويجب ان يكون عاقلا ذكرا رشيدا ، والقاصر ذكرا كان او انثى وليه وجوبا ابوه او من يعينه والحاكم ولى من لا ولى له » .

وهذا النص يفيد أن الولى وجوبا هو الأب أو من ينيبه أما غيره من العصبات فهم يختارون من الحاكم ، أن لا تثبت ولايتهم الا بتقرير من الحـاكم .

ولقد اثبت القانون التونسى الولاية للأم على من لا يبلغ العشرين ، كالأب تماما ، فقد جاء فى القانون ما نصه فى المادة الرابعة :

« وينسحب هذا التطبيق وجوبا . وبنفس الصفة التى خولت للأب أو الأم ان كانت ارملة على الأبناء الذين لم يتزوجوا أو كان عمرهم دون العشرين سنة كاملة » .

المعمول به فى المغرب

اخذ القانون المغربى أكثر احكام الزواج من المذهب المالكى ، وهو يتلاقى فى بعض وجوهه مع القانون التونسى ، ويتلاقى مع اكثر وجوهه مع القانون السورى ، فهو بالنسبة للزاوج فى حال القصر تجرى الأقسام الثلاثة السابقة ، فلا زواج قبل الخامسة عشرة للفتاة ، والثامنة عشرة للفتى ، وبعد بلوغ هذه السن تكون الولاية للولى ، ذكرا كان المولى عليه أو انثى ، حتى يبلغ الرشد ، فان امتنع الولى عن التزويج عضلا أمر القـــاضى بالتزويج .

وفى الفترة ما بين البلوغ الطبيعى والثامنة عشرة اذا شكا الفتى العنت كان التزويج باذن القاضى ، وبعد بلوغ الرشد تكون حرية الزواج للفتى ، وتكون الولاية الاختيارية على المرأة .

وهو فى الجزء الاول يتلاقى مع القانون التونسى ، وفى الاخير يتلاقى مع مذهب جمهور الفقهاء .

وقد نصت على ذلك المواد ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، وهذا نصـــها :

المـــادة ٨ أو الفصل الثامن : تكمل أهلية النكاح فى الفتى بتمام الثامنة عشرة ، فان خيف العنت رفع الأمر الى القاضى ، وفى الفتاة ببلوغ الخامسة عشرة من العمر .

الفصل التاسع : الزواج دون سن الرشد القانونى متوقف على موافقة الولى ، فان امتنع عن الموافقة ، وتمسك كل برغبته رفع الامر الى القاضى .

الفصل العاشر : (١) يجوز للولى ان يوكل من يعقد نكاح موليته ، كما للزوج أن يوكل من يعقد عنه . (٢) ليس للقاضى أن يتولى بنفسه تزويج من له الولاية عليه من نفسه ، ولا من اصوله ولا من فروعه .

الفصل الحادى عشر : الولى فى الزواج هو الابن ثم الأب أو وصيه ثم الاخ ، فابن الاخ ، فالجد للأب فالاقربون بعـــد بالترتيب ، ويقـــدم الشقيق على غيره ، فالكافل ، فالقاضى ، فولاية عامة المسلمين بشرط أن يكون ذكرا عاقلا بالغا .

الفصل الثانى عشر : الولاية حق للمراة ، فلا يعقد عليها الولى الا بتفويض من المراة على ذلك الا ف حال الاجبار المنصوص عليها فيما يلى :

١ — لا تباشر المراة العقد ، ولكن تفوض لوليها او يعقد عليها .

٢ — توكل المراة الوصى ذكرا تعتمده لمباشرة العقد على من تحت وصــــايتها .

٣ — لا يسوغ للولى ولو ابا ان يجبر ابنته البالغ ولو بكرا على النكاح باذنها ورضاها ، الا اذا خيف على المراة الفساد فللقاضى الحق ف اجبارها ، حتى تكون ف عصمة زوج كفء يقوم عليها .

الفصل الثالث عشر — اذا عضل الولى المراة امره القاضى بتزويجها، فان امتنع زوجها القاضى بصداق امثالها لرجل كفء .

ونرى ان هذه الاحكام كلها من مذهب الامام مالك وبعضها قول فيه ، وان لم يكن هو الراجح .

ولــكن يجب التنبيه لامرين : وهما ف المذاهب ، وقد ذكرتهما المواد السابقة :

اولهما — انه قد جاء ف الفقرة الثالثة من المادة الثانية عشرة ان المراة اذاكانت وصيا ف الزواج لاتتولاه بنفسها ، بل توكل من يتولى عنها ، وبذلك يتبين ان القانون يجيز للأب او يوصى بالزواج لامراة ، وان كان العقد لا يكون بصيغتها بحكم المذهب المالكى ، وبحكم هذا القانون وفى هذه الحال يتحقق الامران : صحة الايصاء ، وســلامة العقــد بتوكيل غيرها .

الامر الثانى — ان البالغة العاقلة لا تجبر ولو بكرا وهذا احد الاقوال ف المذهب المالكى ، ولكن قد تجبر ثيبا او بكرا اذا خيف عليها الفساد ، وامتنعت عن التزوج ، فانها تجبر على الزواج ، ولكن يكون ذلك للقاضى لا للولى ، لان له سلطانا اعلى من سلطان الولى ، اذ ان سلطان الولى على البالغة العاقلة لا يتجاوز المشاركة ، وتولى الصيغة ، ولها اختيار الزوج ، اما هنا فالسلطان اكبر من ذلك ، اذ هو اجبار على الزواج ، ولا شك ان ذلك يكون اذا لم تكن هى قد اختارت زوجا كفؤا ، فانه يعقد عليه وليها ، والا كان عاضلا ، ويتولى القاضى ، فهى صــورة لمن أبت اصل الزواج .

وقد تعرض القانون المغربى للكفاءة كما تعرض للكفاءة فى السن ، فذكر فى المادة الرابعة عشرة أن الكفاءة قد تشترط فى الزواج ، وهذا نص المـــادة ، وجعلها خاصة بالمراة ، واليك نص المادة :

(أ) الكفاءة المشترطة فى لزوم الزواج حق خاص بالمراة والولى .
(ب) الكفاءة تراعى حين العقد ، ويرجع فى تقسيرها الى العرف .

وجاء فى المادة الخامسة عشرة ما نصه : « يعتبر التناسب العرفى فى السن بين الزوجين حقا للزوجة » .

ويستفاد من هذه النصوص امران :

اولهما — أن الكفاءة تثبت بالاشتراط ، اذ جاء فى الفقرة الأولى من المادة ١٤ فى صدرها — الكفاءة المشترطة فى العقد ، اى التى اشترطت فى وقت انشائه ، وان اثرها ان تجعل العقد غير لازم بالنسبة للزوجة والولى ان تخلفت، وانها لااثر لها بالنسبة للزوج ، ولواشترطها ، لأنه يستطيع أن يطلق ، وذلك هو مفهوم عبارة المادة ، وتفيد الفقرة الثانية أن العبرة فى الكفاءة بالعرف ، كما هو القانون السورى .

ويلاحظ أن فارق السن إذا كان مخالفا للعرف معتبر بالنسبة للزوجة، وليس معتبرا بالنسبة للزوج ، لأن الزوج اذاكانت امراته كبيرة يستطيع أن يتزوج اخرى ، أو يطلقها ، اما المراة فانها لا خلاص ، ولا مناص من أن تبقى على حالها ، فكان الاحتياط لها عند الانشاء .

ولم تكن الصيغة هنا محكمة كالصيغة فى قانون سوريا ، كما اسلفنا ، والحق أن تترك الحرية للزوجين ، وأن يتأكد القضاء من سلامة الاختيار بالنسبة للمراة ، ولم يكن ثمة اكراه ، بل كانت المصلحة هى الباعثة ، وحرية الاختيار قائمة .

المعمول به فى ليبيـــا والجزائر

لم يدون بعد قانون للأحوال الشخصية فى ليبيا فيما نعلم ، وكذلك الجزائر ، والمذهب السائد فيهما هو المذهب المالكى ، فهو المعمول به فى الأحوال الشخصية ، والله تعالى هو الموفق .

الولاية الاجبـــــارية

وهو الولاية التى لا يكون للمولى عليه اختيار فيها ، فلا يؤخذ رأيه فى الزوج ، ولا فى المهر، ولا فى شىء مما يتعلق بذلك ، وهى تثبت على غير العقـلاء ، وعلى الصـغار .

ويختلف مدى الاجبار باختلاف الآراء المذهبية : فمنهم من وسع مدى الاجبار، وجعله لكل الاولياء ، ومنهم من ضيق مدى الاجبار، ومنهم من جعل أمر الاجبار كله للولى ، ومنهم من جعل بعض أمره للقضاء على ما هو مبين فى المذهب ، وفى القوانين العربية التى اقتبست منها ما بين مضيق وموســع .

واوسع المذاهب فى معنى الاجبار المذهب الحنفى ، فقد جعله لكل الاولياء ، وجعله على كل القاصرين ، لا فرق بين صغير ومجنون ، وقد كان هو الأصل فى أكثر البلاد العربية ، ولذلك نبتدىء ببيانه ، ثم نعرج بالاشارة الى المذاهب الأخرى ، والى القوانين العربية التى اشتقت منها .

الاجبـــــار فى المـذهب الحنفى

ولاية الاجبار تثبت عند الحنفية ، فتثبت على فاقد الاهلية ، وهو المجنون والمعتوه ، والصبى غير المميز، والمجنونة والمعتوهة ، كما تثبت على ناقص الأهلية ، وهو الصبى غير المميز ، والمعتوه غير المميز ، عند الفقهاء الذين قسموا المعتوه الى قسمين مميز وغير مميز وتثبت الولاية الاجبارية على هؤلاء بسبب قصورهم ، فهى تثبت عليهم لمـا فيهم من ضعف ، وللاحتيـاط لهم ولـكيلا تفوتهم مصلحة بسبب قصـور عقلهم .

فالصغير ، والصغيرة تثبت عليهما الولاية الاجبارية بسبب الصغر ، اذ الصغر هو سبب العجز ، والعجز هو الذى وجدت الولاية لسد نقصه ، وذلك متفق عليه بين الفقهاء ، الحنفية وغيرهم ، أما الصغيرة فقد قال بعض الفقهاء على ما سنبين ان علة ثبوت الولاية عليها هو البكارة ، فما دامت قائمة فولاية الاجبار ثابتة على ما سنبين فى المذهب الشافعى والمالكى ان شاء الله تعـالى .

ولذلك تنتهى الولاية الاجبارية بالنسبة للصغير أو الصغيرة بمجرد بلوغهما ، وتكون ثمة ولاية الاستحباب أو ولاية الشركة عند بعض ائمة المذهب الحنفى ، كالامام محمد بن الحسن ، ورواية عن الامام ابى يوسف .

ولا تثبت الولاية الاجبارية بعد البلوغ لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « تستأمر النساء فى ابضاعهن » فقالت عائشة رضى الله عنها : « ان البكر تستحى يا رسول الله » فقال عليه السلام « اذنها صمتها » ، ولأنه بالبلوغ تثبت الولاية المالية لها ، وللصغير ، فتزول عنها ولاية الاجبار ، ولقد قال ابن القيم فى هذا المقام وهو حنبلى يؤيد ذلك النظر: « ان البكر البالغة العاقلة الرشيدة » لا يتصرف ابوها فى اقل شىء من ملكهـا الا برضاها ، ولا يجبرها على اخراج اليسير منه بدون رضاها ، فكيف يجوز ان يزفها بغير رضاها ، الى من يريد ، وهى من أكره الناس له ، وهو ابغض شىء اليها ، ومع هذا ينكحها اياه قهرا ، ويجعلها اسيرة عنده » .

من له ولاية الاجبار فى المذهب الحنفى :

ولاية الاجبار تثبت عند الحنفية لكل الاولياء من العصبات فقط عند أبى يوسف ومحمد ، ولكل الاقارب عند ابى حنيفة ، وقد بينا كل ذلك عند الكلام فى الأولياء فلا نكرره هنا .

ونتكلم هنا فى ثلاثة مواضع : هى غيبة الولى ، وامتناعه ، ومراتب الأولياء واثر اختلاف المراتب .

١ ـ غيبة الولى

نبتدىء بالكلام فى غيبة الولى ، فقد تبين عند الكلام على الأولياء انهم مرتبون ، وكل ولى أقرب يحجب من بعده عن الولاية كما يحجبه من الميراث ، فالاخ يحجب ابن الأخ ، والعم يحجب ابن العم على ما علم فى ترتيب الولاية وترتيب الميراث .

فاذا غاب الولى القريب غيبة يخشى منها فوات الكفء ، اذا انتظر حضوره او استطلع رأيه ، فقد قال ابو حنيفة واصحابه ان الولاية تنتقل الى من يليه فى الدرجة ، وذلك لأن الولاية ثابتة للولى البعيد ، كما هى ثابتة للولى القريب ، ولكن قدم القريب ، لأنه اولى ، فاذا تعذر عليه تولى العقد زالت أولويته ، فصار لمن يليه الحق فى التزويج بولايته هو ، لابقيامه مقامه ، وانما زالت اولوية القريب بغيبته ، لأن تقديمه كان لأنه اوفر شفقة ، فيكون اشد حرصا على المصلحة من غيره ، وبغيبته تفـوت المصلحة اذا انتظر ، فالسبب الذى قدمه هو الذى يجعل للحاضر سلطانا بغيبته . وانما لم تثبت ولاية القاضى ، لانه لا ظلم حتى يرفع اليه أمره ، وهنا ولى قائم فهو يسبق السلطان فى الولاية اذ السـلطان ولى من لا ولى لـه . .

وإذا ثبتت ولاية التزويج للحاضر اذا غاب من هو أقرب منه . فهل تزول ولاية الغائب الاقرب؟ قال بعض المشايخ : تزول ولاية الغائب ، لأن الولاية تثبت لأجل المصلحة ، والغيبة جعلت الأقرب غير منتفع به ، فلا تبقى ولايته ، اذ لو بقيت ولايته لأدى الى بعض الفساد ، لانه ربما يزوج وهو غائب ، والحاضر يزوج أيضا ، فيفسد أحد العقدين لا محالة ، ولا ثمرة فى بقاء الولاية والذين قالوا هذا من المشايخ أكثر عددا . ومؤدى كلامهم أن الغيبة أزالت الولاية اذ لا فائدة منها .

وقال بعض المشايخ أن ولاية الغائب تستمر ، وما احدثته الغيبة انها أزالت الأولوية ، وجعلت الحاضر فى مرتبة الغائب ، ويصيران فى درجة واحدة ، ويكون ذلك نظير ما اذا كان الوليان فى درجة واحدة ، وقوة قرابة واحدة ويكون ثمة انتفاع للمولى عليه ، اذ لا يفوته الانتفاع بولاية الحاضر الذى يجعل حضوره أكثر مراقبة للأمر ، ولا يفوت الانتفاع بولاية الغائب الأقرب الذى تجعله شفقته الزائدة اكثر حرصا على المصلحة .

٣ — امتناع الولى عن التزويج

وننتقل الى الموضع الثانى ، وهو امتناع الولى عن التزويج من غير حق ، كأن يكون المولى عليه مجنونا أو مجنونة ، واثبت الطب أن فى الزواج علاجا ، او ثبت ان المصلحة فى الزواج ، ووجد من يقبل الزواج ، ولكن امتنع الولى ، وكان امتناعه بغير سبب شرعى ، أو أى مبرر ، فان الولاية تنتقل الى القاضى ، وان لم يذكر فى مرسومه ان له ولاية التزويج ، ولكن يشترط الا يعزله ولى الأمر عن مثل ذلك بتخصيصه اياه بغيره ، وذلك لأن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء لقوله صلى الله عليه وسلم : « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » وان ذلك الامتناع لا يقل عن الاشتجار بل لايخلو من اشتجار الاولياء عليه ، اذ لا يمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء ولو كانوا دونه . ولأن الامتناع من غير مبرر شرعى — يعد ظلما ، وولاية رفع المظالم الى القاضى ، فهو الذى يتولى بالنيابة عن الولى الممتنع ، كمن يمتنع عن القيام بأمر واجب عليه أن يؤديه ، ويؤدى الامتناع الى ظلم ، فان القاضى يتولى الواجب بالنيابة عنه اذا تعين ذلك طريقا لرفع الظلم ، الا ترى أن القاضى يبيع مال المدين لسداد دينه اذا امتنع عن البيع والسداد ، أو على الاقل يكرهه على البيع ، لأن ذلك هو السبيل لرفع الظلم .

ولان القاضى اذا تولى العقد يكون عقده نيابه عن الولى العاضل ، (اى الممتنع ظلما) يعد عقده فى قوة عقد ذلك الولى ، فان كان الولى هو الاب كان عقد القاضى فى قوة عقده ، واذا كان هو الاخ كان فى قوة عقده وهكذا ، وقد قالوا : انما يعد الولى ممتنعا بغير حق اذا امتنع عن تزويج الكفء وكان بمهر المثل .

٣ ــ مراتب الأولياء فى الولاية الاجبارية

الاساس فى ثبوت ولاية الاجبار يتكون من أمرين :

اولهما ــ الشفقة الدائمة الى الحرص على مصلحة المولى عليه ، ورعاية امره فى حال قصره . **والثانى** ــ حسن الراى ، وتخير اوجه النفع .

فاذا توافر هذان الأمران كاملين من غير شائبة تشوبهما كانت الولاية كاملة ، وكان العقد لازما يلزم القاصر بعد زوال سبب القصر ولا يقيد الشارع ذلك الولى باى قيد من القيود ، فلا يتقيد بكفاءة ، ولا بمهر المثـــل .

أما اذا نقص احد هذين الأمرين بأن يكون الولى غير كامل الشفقة ، أو غير حسن الراى والتدبير ، فان الولاية لا تكون كاملة فلا تشمل كل الاحوال ، ولا تكون مطلقة من كل القيود ، بل تكـــون مقيدة بالمصـــلحة الظاهرة .

وعلى ذلك قسم الحنفية الأولياء الى ثلاث مراتب :

المرتبة الأولى :

الاب والجد والابن الذين لم يعرفوا بسوء الاختيار ، ولم يشـــتهروا بالمجانة والفسق ، وهؤلاء اذا عقدوا فالعقد صحيح لازم لا يدخله خيار بلوغ بالنسبة للصغار، ولا خيار افاقة بالنسبة للمجانين ، ويصح العقد ويلزم سواء اكان الزواج من كفء او غير كفء وبمهر المثل او اقل او اكثر . بما لايتغابن فيه الناس ، او بما يتغابنون . وذلك لأن وفور شفقة هؤلاء وعدم اشتهارهم بما يتنافى مع حسن الراى ورعاية المصلحة يغنى عمـــا عداه من القيود .

هذا راى ابى حنيفة . وراى الصاحبين أنه لا بد من التقيد بالكفاءة ومهر المثل ، اذ لا بد من التقيد بالمصلحة الظاهرة وذلك لأن هذه الولاية

للمصلحة ، ولا مصلحة ظاهرة فى نقصان المهر عن مهر المثل ، أو عدم الكفاءة . وقد اتفقا مع شيخهما على أن العقد يكون لازما لا يدخله خيار ، بل موضع الخلاف هو فى التقيد بالكفاءة ومهر المثل او عدم التقيد .

ووجهة أبى حنيفة فى رايه أن الأب والجد والابن موفورو الشفقة ينظر كل واحد منهم الى مصلحة المولى عليه بقدر ما ينظر لمصلحته نفسه ، ويتقدم على الزواج من غير كفء ، وبدون مهر المثل ، لاعتبارات اخرى كالأخلاق ، وما يرجى من حسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف ، وغير ذلك من المعانى المقصودة فى الزواج ، وغير هؤلاء ليس فيهم هذه الشفقة .

المرتبة الثانية :

الأب والجد والابن الذين عرفوا بسوء الاختيار ، أو اشتهروا بالمجانة والفسق ، وقد اتفق ابو حنيفة واصحابه على انه لا يجوز تزويج واحد من هؤلاء الا من كفء وبمهر المثل ، فان زوج من غير كفء او باقل من مهر المثل لم يجز ، ولكن اختلفت عبارات الكتب فى فساد العقد ، فعبارة ابن عابدين أنه لا ينعقد فاسدا ، ولكن يكون للمولى عليه ابطاله بعد زوال سبب القصر ولكن جاء فى « البحر » ما نصه : « قد وقع فى اكثر الفتاوى فى هذه المسألة أن النكاح باطل فظاهر انه لم ينعقد ، وفى الظهيرية يفرق بينهما ، ولم يقل بطل وهو الحق » .

واذا زوج بالكفاءة ومهر المثل صح العقد ، وكان لازما ، وليس فيه خيار بلوغ أو افاقة ، والتقييد بالكفاءة لابد منه ، سواء اكان المولى عليه ذكرا أم كان أنثى ، لان هؤلاء ان توافرت شفقتهم لم يعرف حسن رأيهم ، بل ساء تدبيرهم ، واشتهروا بذلك ، فكانت الولاية ناقصة ، فدرىء النقص بالمصلحة الظاهرة .

وقد قالوا : ان هذه الحال تكون اذا كان الأب او الجد أو الابن مشهورا بسوء الاختيار والفسق ، فان لم يكن مشهورا لا يبطل اذا كان بغير الكفء كما بينا ، اذا زوج وهو مشهور بسوء الرأى ثم اشتهر من بعد ذلك ، فالزواج الذى عقد قبل هذه الشهرة صحيح من غير اشتراط كفاءة او مهر المثل ، وما يجىء بعد ذلك يكون مقيدا بهما .

المرتبة الثالثة :

بقية العصبات ، وهؤلاء شفقتهم ليست كاملة ، لان قربتهم قرابة الحواشى ، وليست من حيث القرب والشفقة كقرابة الولادة ، وقد اتفق فقهاء المذهب الحنفى على انه فى هذه المرتبة لا يصح الزواج الا بالكفاءة ومهر المثل ، فلا يصح باقل من مهر المثل ان كان المولى عليها انثى ، ولا يصح باكثر من مهر المثل ، اذا كان المولى عليه ذكرا ، وذلك لان نقص الشفقة اقتضى التقيد بالمصلحة الظاهرة ، اذ لا يمكن الاعتماد على المقاصد المصلحية غير الظاهرة لعدم وفور الشفقة .

خيار البلوغ وخيار الافاقة :

ومع أن الولاية تثبت مقيدة بالكفاءة ومهر المثل ، فانه اذا صح العقد لا يكون لازما بالنسبة للقاصر ، بل له الفسخ اذا زال سبب القصر ، فان كان سبب القصر الصغر ، فله الفسخ بخيار البلوغ ، وان كان سبب القصر الجنون فله الفسخ بخيار الافاقة اذا استفاق .

ولذلك جاء فى فتح القدير : « غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه ابوه وهو رجل ، جاز اذا كان جنونه مطبقا ، فان افاق فلا خيار له واذا زوجه اخوه فله الخيار » .

وكان ثبوت الخيار بعد زوال القصر ، لان عقد الزواج عقد مستمر تكون آثاره مستمرة ، ولا يصح أن يلزم بهذه الآثار المستمرة من لم يتول العقد بنفسه ، ولا من يعد مثل نفسه بل اشد غيرة ، وهو الاب والجد والابن احيانا ، ولذا كان له الحق فى النظر من جديد فى شأنه بعد زوال قصده ، فان رضى ببقائه استمر ، وان لم يرض نقضه القاضى بطلبه .

ثبوت خيار البلوغ وخيار الافاقة :

وثبوت خيار البلوغ او الافاقة أى حق الفسخ عند زوال سبب القصر هو راى ابى حنيفة ومحمد وابى يوسف فى قوله الاول ، أما قوله الاخير فالنكاح من غير الاب والجد والابن بعد تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل يكون لازما ، ولا خيار فيه يجيز فسخه بعد زوال سبب القصر وذلك لان الشارع اقام الولى نائبا عن القاصر فكأن القاصر هو الذى عقده ، ولا يصح نقض ما قام به نائبه الذى كان كشخصه ، ولان العقد كان فيه

مصلحة ظاهرة واقر الشارع تنفيذه لهذه المصلحة ، فلا يصح أن يفسخ بعد اقرار الشارع له ، واعتبار وجه المصلحة فيه ، اذ اثبات الخيار انما يكون لدفع الضرر ، ولقد قرر الشارع أنه لا ضرر فيه بما احتاط من قيود ، وبتنفيذه لأحكام العقد .

وقد احتج الطرفان بأن النبى صلى الله عليه وسلم اثبت الخيار لابنة عمه حمزة لما زوجها من ابن أبى سلمة ، وقد وردت آثار فى ثبوت الخيار عن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعين ، وبأن هناك اضرارا خفية معنوية من سوء العشرة ، او جفاف الطبع ، وهذه اضرار لها مكانها فى عقد الزواج ولا تضمن ملاحظتها من غير الإب والجد والابن ، لذلك كان للقاصر بعد زوال القصر أن يلاحظها بنفسه ، فيعطى حق طلب الفسخ ، ان وجد ضررا من هذا النوع .

ويجدر بنا التنبيه الى أمرين هما موضع نظر :

الأمر الأول : ولاية القاضى أيثبت فيها خيار بعد زوال سبب القصر ؟ لقد قسم ابن عابدين ولاية القاضى الى قسمين :

١ — ولاية يتولاها القاضى باعتباره ولى الزواج ، وهذه آخر المراتب ، وهذه يثبت فيها خيار البلوغ أو الافاقة .

٢ — ما يتولاه القاضى من عقود زواج رفعا لظلم امتناع الولى من التزويج من غير مبرر شرعى ، وقد استظهر ابن عابدين فى هذا القسم أن تتبع قوة ولاية الولى العاضل الذى قام مقامه ، فان كان الممتنع الاب او الجد او الابن فلا خيار ، وان كان العاضل غير هؤلاء ثبت الخيار .

الأمر الثانى : الذى جرى فيه النظر — اذا زوجت الام (وهذا جائز عند أبى حنيفة) ايثبت الخيار بعد زوال القصر ام لا ؟ عن أبى حنيفة فى ذلك روايتان :

الأولى : وهى الاصح أن الخيار يثبت ، لان ولايتها تلى مرتبة العصبات من الحواشى ، وهؤلاء يثبت فى ولايتهم الخيار ، فأولى أن يثبت لها ، اذ ولايتهم أقوى ، ولأنها ان كانت موفورة الشفقة الى أقصى حد ، تدبيرها غير كامل ، فلم تكن ولايتها كاملة .

الثانية : وهى غير الراجحة ، أن الخيار لا يثبت لوفور الشفقة الى

اقصى حدودها ، فتتوافر وجوه المصلحة الظاهرة والباطنة فلا حاجة الى الخيار من بعـــد .

الفسخ اذا ثبت الخيار :

واذا ثبت الخيار بالبلوغ أو الافاقة لا يتم الفسخ الا بشرطين :

١ ــ الا يظهر بعد زوال القصر ما يدل على الرضا بالزواج واسقاط الخيـــــار .

٢ ــ الطلب من القاضى ، ولا يتم الفسخ الا بحكـم القاضى ، وقبل أن يحكم القاضى بالفسخ الزواج قائم ، وحقوقه ثابتة فتجب الطاعة ولا يسقط اى حق من حقوق الزوجية ولو مات احدهما قبل الحكم ورثه الآخر ، ولو كان هو طالب الفسخ وذلك لسببين :

اولهما ــ ان حق الفسخ بخيـــار الادراك (اى خيـــار البلـــوغ أو الافاقة) حق ضعيف ، وكان ثبوته موضع خلاف بين الفقهاء ، فاحتاج فى تمامه الى حكم القاضى ، ليرفع الخلاف .

ثانيهما ــ ان النكاح اوجد حقوقا شرعية قائمة على اساس شرعى صحيح ، وكل حق أو ملك ثبت بأصل شرعى لا يزول الا بالتراضى أو بحكم القاضى فكان لا بد من حكم القضاء ، ولو مات احدهما قبل الحكم تقـــرر العقد ، ولم يعد ثمة سبب لفســـخه ، فتثبت الأحكام من عـــدة ونسب وميراث .

ويلاحظ أن القضاء شرط للفسخ ، لالثبوت أصل الاختيار ، ولذلك كان عمل القاضى هو التحرى من انه لم يحصل رضا بالعقد بعد زوال القصر ، ويقضى برفض الطلب ان تبين أنه حصل رضا بالعقد ، ويقضى بالفسخ ان لم يكن قد حصل رضا ، ولم يحدث ما يبطل الخيار .

ويبطل الخيار بالرضا صراحة بالعقد او دلالة ، فالرضا صراحة مثل أخترت النكاح او رضيت بالزواج وأجزائه ونحو ذلك من العبارات المعلنة للرضـــا .

وأما الرضا دلالة ، فهوكل قول اوفعل يدل على اختيار دوام النكاح ، ومنه سكوت البكر عقب البلوغ اذا علمت بالزواج والبلوغ والزوج والمهر ، لان سكوت البكر البالغة دليل رضاها ، اذا اعلمها الولى بالزواج والمهر

ليستشيرها ، فى انشاء الزواج ، فأولى ان يكون دليل الرضا بعقد موجود ثابت لان الرضا فى الانشاء الزم من الرضا فى الابقاء ، ومن الرضا دلالة الدخول بعد البلوغ ، وطلبها تقرير المهر والنفقة .

والبلوغ او الافاقة سبب الخيار ، ولكن العلم بالنكاح شرط لبطلان الخيار بالسكوت ، فاذا سكتت البكر غير عالمة بالنكاح ، فان السكوت لا يعتبر رضـــا .

ويلاحظ ان سكوت البنت بعد البلوغ او الافاقة ، وكذلك سكوت الغلام لا يعـــد رضا .

هذا وان الرضا انما يعتبر مسقطا للخيار اذا كان بعد البلوغ ، لأن الاسقاط لأمر شرعي لا يكون الا بعد وجوده ، وقبل البلوغ او الافاقة لم يوجد الخيار فلا ترد عليه المسقطات ، فالرضا او الفسخ قبل البلوغ أو الافاقة لا قيمة له ولا اعتبار ، بل هو لغـــو .

* * *

الاجبار فى المذهب المالكى

ولاية الاجبار فى المذهب المالكى ، لا تثبت الا للأب ووصى الأب ولا تثبت لاحد غيرهما ، فلا ولاية لكل العصبات ، كما انه ليس للحاكم ولاية اجبار على الصغير والصغيرة فى ذلك المذهب .

وتثبت الولاية فى مذهب مالك على من يأتى :

اولا — على الصغير ، وتزول ، اذا بلغ ، لأن السبب فيها هو الصغر وببلوغه يزول السبب فتزول الولاية .

ثانيا — على البكر ، سواء اكانت صغيرة أم كانت كبيرة ، وذلك لأن علة الولاية ابتداء هى الصغر والبكارة ، وكلاهما يكون علة كاملة ، فاذا زال الصغر ، فان البكارة تبقى بعده موجبة الولاية ، اذ ان المرأة مهما تكن ما دامت لم تتعرف احوال الرجال ، فانها لا تستطيع القيام بشئون الزواج وحدها ، واذا كانت بكرا ، فان جهلها بشئون الزواج أشـــد ، ويكون لوليها اجبارها فيه . وخصوصا أن الولى هو الأب ، والوصى الذى اختاره الأب ، على انه كشخصه يختار مثل اختياره .

ولذا زوجت الصغيرة ، ثم مات زوجها او طلقت ، وزالت بكارتها ، فانها ليس لوليها ان يزوجها ، ومؤدى ذلك انها جربت تزويج الولى ، وهى صغيرة ، فلا تجرى عليها التجربة حتى تبلغ ويكون لها راى مكتمل تشارك وليهـا فى أمر الزواج .

وما دامت المراة بكرا - فوليها يجبرها ، حتى تعنس ، وذلك ببلوغها الثلاثين ، وقيل ببلوغها الثالثة والثلاثين ، واذا مات الأب من غير وصى فما دامت صغيرة فلا ولاية عليها ، فاذا بلغت شاركت وليها فى اختيار زوجها .

وتعد الفتاة بكرا ، ما دام لم يدخل بها زوجها دخولا حقيقيا ، ولـم ترخ الأستار بينهما لمدة سنة ، ويختلى بها فاذا لم يختل بها ولم يكن دخول ، فانها تستمر بكرا ، وتأخذ حكم الابكار .

ثالثا — تثبت ولاية الاجبار ايضا على المراة سواء أكانت بكرا أم كانت ثيبا اذا خيف عليها ، ولم ترد ان تتزوج ، فانها تجبرعلى الزواج ، ولكن لا يكون المجبر هو الأب ، بل يكون المجبر هو القاضى ، لتكون فى عصمة زوج يمنعها من الفساد ، ولابد ان يكون كفؤا لها وبمهر المثل .

رابعا — تثبت على المجنون والمجنونة اذا ثبت ان الزواج يكــون فى مصلحتهما ، ويتولى الاجبار القاضى ، ولا يتولاه الأب ولا وصيه ، لان ولاية الأب تكون على الصغار والابكار ، ولا تتجاوزهما ، فاذا بلغ الغلام ، أو صارت المراة ثيبا زالت ولاية الأب الاجبارية ، واصبحت الــولاية الاجبارية تقوم على المصلحة الظاهرة ، والذى يتولاها هو القضاء ، ولا يتولاها الولى الأصــلى .

* * *

الاجبار فى المذهب الشافعى

المذهب الشافعى يتقارب فى الاجبار من المذهب المالكى ، فهو يثبت الولاية للأب والجد على الصغير ، ويكون لهما ولاية الاجبار ، ولا تثبت ولاية الاجبار الا على الآتين :

أولا — الصغير : وسبب الولاية هو الصغر فاذا بلغ النكاح زالت عنه الولاية فى النكاح ، واصبح من حقه ان يزوج نفســه ، وأن ينفــرد بالزواج ، ولا احد يجبره على زواج لم يرده .

ثانيا ـ على البكر سواء أكانت صغيرة ام كانت كبيرة ، ولم يجيء فى كتب الشافعية ما يثبت الولاية على البكر الى سن معينة لأن البكارة هى السبب فتبقى الولاية ما بقيت البكارة .

واذا زوجت الفتاة ، وهى بكر ، ثم كان افتراق بعد الدخول بها ، صارت ثيبا ، فانها لا تزوج ، لأن ولاية الاجبار قد زالت عنها . وهى لا تصلح عبارتها لأن تنشيء عقدا ، ولا رأي لها فى اختيار زوج ، لانها ما زالت صغيرة ، ولذلك تنتظر حتى تستأمر .

ولا تعد الخلوة كالدخول كما هو فى المذاهب الاخرى ، ولا يعد ارخاء الأستار معطيا للبكر حكم الثيب كما قرر الامام مالك رضى الله عنه ، ولا تجبر الثيب لخشية الفساد ، كالصورة التى ذكرت فى المذهب المالكى .

ثالثا ـ يجبر المجنون على الزواج ، وتثبت عليه ولاية الاجبـــار .

رابعا ـ تثبت الولاية الاجبـــارية على المجنون والمجنونة اذا ثبتت الحاجة الى النكاح بالدليل ، كأن يقول طبيب عادل فى المجنونة الثيب انها تشفى من علتها اذا تزوجت ، أو يكون المجنون يدور وراء النساء ، أو يقول طبيب عادل أن الزواج دواء له ، وفى هذه الحال يتولى الاجبار الحاكم ، اذا لم يكن لهما اب او جد .

ومؤدى ذلك أن ولاية الأب والجد عند الشافعى لا تتجاوز الصغار والابكار من النساء ولم يثبت الشافعية حق التزويج الاجبارى الا فى الحدود السـابقة .

الاجبار فى المذهب الحنبلى

المذهب الحنبلى كالمذهب المالكى اثبت ولاية الاجبار للأب ووصيه فقط ، ولكنه اشترط فى الوصى الذى يكون له ولاية الاجبار ان يكون الأب قد عين له الزوج ، وقد ذكرنا ذلك فى باب الأولياء ، وبينا وجهته ، والآن نتكلم فيمن تثبت عليهم ولاية الاجبار ، وهم :

أولا ـ الصغير ، فان ولاية الاجبار تثبت عليه ، وسببها الصغر ، وتزول بالبلوغ الطبيعى ، لأن الحكم يدور مع سببه وجودا وعـــدما ، وحيث كان البلوغ فقد زال السبب ، فيزول الاجبار ، بل تزول ولايـــة التزويج باطلاق .

ثانيا ــ البكر ، وقد اتفق فيه على جواز اجبار البكر الصغيرة ، للاتفاق على ان الصغر سبب الولاية ، وموضع الاختلاف بين الفقهاء هو كون البكارة سببا فى الاجبار .

اختلاف الروايات فى المذهب الحنبلى :

وقد اختلفت الرواية فى المذهب الحنبلى فى ثبوت ولاية الاجبار على البكر الكبيرة :

الرواية الأولى : تذكر ان له اجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة ، وهو مذهب مالك والشافعى كما ذكرنا ، وهو المروى عن ابن ابى ليلى من فقهاء العراق . **والرواية الثانية** ــ ان الاب ووصيه ليس لاحدهما اجبارها ، واختاره ابو بكر وهومذهب الاوزاعى والثورى وابى ثور ، وفقهاء العراق كما أسلفنا ، وحجة هذه الرواية ما روينا من قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » ولما روى من أن جارية بكرا أتت النبى صلى الله عليه وسلم ، فشكت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم .

وحجة الرواية الأولى ما ذكرنا فى الرواية السابقة من ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الأيم احق من وليها والبكر تستأذن ، واذنها صمتها » ، وقد استنبط منها الدليل على اجبار البكر ابن قدامة فى المغنى فقال : « فلما قسم النساء قسمين واثبت الحق لأحدهما ــ دل على نفيه عن الآخر ، وهو قسم البكر ، فيكون وليها أحق منها بها . دل الحديث على الاستئمار هناك والاستئذان مستحب فى حديثهم ... » ويحمل الاحاديث التى منعت الاجبار واوجبت التخيير بأن الزواج كان من غير كفء .

ثالثا ــ تثبت ولاية الاجبار على المجنونة والمجنون ، فاذا كانت المجنونة بكرا فان تزويجها يكون من الأب ووصيه ، إذ يملك الاجبار . لانه ان ملك اجبارها مع عقلها فمع عدمه أولى .

وأما الثيب المجنونة ، والمجنون البالغ ، فان اجبارهما يجوز اذا كان الولى هو الأب أو وصيه ، وذلك لان سبب ثبوت الولاية هو العجز ، وفقد العقل هو العجز المطلق الذى لا عجز أعلى منه .

اذا كان الولى هو الحاكم :

واذا لم يكن عصبات ، وكان الولى هو الحاكم ، فقد اختلف النظر على وجهين فى المذهب الحنفى :

احدهما — ليس للحاكم ولاية التزويج ، لأن هذه ولاية اجبار ولاتثبت لغير الأب .

ثانيهما — ان ولاية التزويج اذا خيف الفساد ، او وجدت الحاجة الى الزواج ، لدفع الضرر ، وللصيانة عن الفجور ، ويقول ابن قدامة فى المجنونة « وينبغى تزويجها اذا قال اهل الطب ، ان علتها تزول بتزويجها ، لأن ذلك من اعظم مصالحها » ومثل ذلك المجنون ، لان هذه اعظم مصلحة .

واذا كان للمجنون أو المجنونة أولياء من العصبات غير الحاكم وليس فيهم الأب ، فقد قال بعض الحنابلة لا يزوجها غير الحاكم لان العصبات غير الأب ليست لهم ولاية الاجبار على ذلك المذهب ، فهى مسلوبة عنهم ، واذا وجدت حاجة الى الاجبار يتولاها الحاكم ، لانه ولى من لا ولى له .

وقال بعض آخر من الحنابلة ان الولاية تكون لهم ، وذلك لان ولايتهم مقدمة على ولاية القاضى فى حالة الولاية الاختيارية ، فيتقدمون عليه هنا أيضا ، ولانهم أشفق وارفق ، ولانهم أصحاب الولاية على نفس المجنونة والمجنون فيما يتعلق بالحفظ والصيانة ، فتكون له فيما يتعلق بالتزويج .

اشتراط الكفاءة فى ولاية الاجبار :

وبالنسبة للكفاءة أيشترط فى ولاية الاجبار الكفاءة ، أم لا يشترط ؟ قد ذكرنا المذهب الحنفى فى ذلك ، والمذهب المالكى يوجبها ، وهى محصورة فى التدين على ما بينا ، وكذلك بالنسبة للحاكم عند الجميع فى المذهب الحنبلى .

اما بالنسبة للأب فقد روى عن احمد روايتان :

احداهما : انه لا يجوز تزويجها من غير كفء ولا تزويجه من غير كفء اذا ثبتت عليه ولاية الاجبار ، لأنه عقد للمولى بغير اذنه ، فلا بد ان يكون له حظ فيه ظاهرا ، والمصلحة فيه بينة ، كبيعه عقاره ، فلأيجوز اذا كان بغبن فاحش ، ولاحاجة لبيعه بدون ثمن مثله ، ولأنه نائب عن

المولى عليه بحكم الشرع ، فلا يكون تصرفه الا بما فيه حظ له ، كالوكيل اذا اطلقت وكالته ، وعلى هـذه الرواية لا ينعقـد العقـد .

والرواية الثانية : أن العقد يصح ، لأن نقصان الكفاءة عيب فى محل العقد ، والعيب لا يمنع الصحة . وهناك تأويلات أخرى لهذه الرواية قد ذكرها صاحب المغنى بقوله : « يحتمل الا يصح النكاح اذا علم أن الزوج ليس بكفء ، ويصح اذا لم يعلم ، لأنه اذا علم حرم عليه العقد ، فبطل لتحريمه بخلاف ما لم يعلمه ، كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه ، ويحتمل ان يصح نكاح الكبيرة ، لأنه يمكن استدراك الضرر باثبات الخيار لهـا فتفسخ أن كرهت ، وان لم تفسخ كان كاجازتها واذنها ، بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته ، فان كانت كبيرة فلهـا الخيار ، ولا خيار لابيها ، ان كان عالمـا ، لانه أسقط حقه برضاه ، وان كانت صغيرة فعليه الفسخ ، ولا يسقط برضاه ، لان ما يفسخ لحظها وحقها لا يسقط برضاه ، ويحتمل الا يكون له الفسخ ، ولكن يمنع الدخول عليهـا ، حتى تبلـغ وتختار ، وان كان لها ولى غير الأب فلها الفسخ ، فلا يحل له تزويجها من غير كفء ولا من معيب ، لأن الله تعالى اقامه ناظرا لها ، فيما لها فيه الحظ ، ومتصرفا لها لعجزها عن التصرف فى نفسها ، فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه كما فى مالها ولأنه اذا حرم عليه التصرف فى مالها بما لا مصلحة فيه ، ففى نفسه اولى » (١) . ويستفاد من هذا النص امور اربعة :

١ — أن الأب يزوج ابنته البكر بغير رضاها ، ولكن على رواية عن أحمد لا يصح العقد ، لأنها ولاية للمصلحة ، ولا مصلحة فى اجبارها على الزواج من غير كفء .

٢ — أن الكبيرة البكر اذا زوجت من غير كفء كان لها أن تختار نفسها وتطلب فسخ العقد ، وبذلك فهموا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم « والبكر تستأذن » ، ورويت فى ذلك الآثار بالتخيير اذا اعترضت على العقد قبل الدخول ، فان العقد يفسخ ، وذلك معقول فى ذاته ، لأن البكر ولو أنها تجبر بمقتضى احكام ذلك المذهب لها الاعتراض ما دامت بالغة عاقلة يمكن أن يكون لها وجهة نظر فيمن يزوجها ابوها اياه ، فلا تكون كما مهملا ، لا ارادة له ، ولا يستمع اليه ، والفرق بينها وبين الثيب من حيث الاختيار والاجبار أن الثيب لا يبت فى الزواج باشتراكها فى الرأى ، فرأيها مقدم على انشاء العقد ، أما البكر ، فرأيها ليس مقـدما على العقد بل لها الاعتراض ان وقع بغير كفء ، ومن جهة أخرى فان اعتراض الكبيرة البكر فى دائرة ضيقة ، وهى نقصان الكفاءة ، أما الثيب

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٤٨٩ طبعة المنار الثانية .

فحقها فى الاختيار ثابت ولو كان أبوها يختار لها كفؤا لا يفرض عليها .

٣ — انه فى بعض الأقوال ان الولى له أن يفسخ عقد الصغيرة اذا عقد بغير كفء ، ولو كان عالما بنقصان الكفاءة من قبل ، لأن الكفاءة ليست حقه وحده ، بحيث تسقط برضاه ، بل هى حق الشرع ، وحق الصغيرة فلا تسقط باسقاطه .

٤ — ان هناك رأيا فى ذلك المذهب المتسع الآفاق ان الصغيرة البكر اذا زوجها أبوها بغير كفء بولاية الاجبار ليس للأب الفسخ ، ولكن لا يدخل بها الزوج ، حتى تبلغ وتخير فى أمر زواجها منه ، وان ذلك قريب مما قرره أبو حنيفة ومحمد مما سموه خيار البلوغ الذى شرحناه آنفا .

* * *

فى المذاهب الاسلامية الأخرى

ان المذاهب الاسلامية الأخرى من شيعة امامية ، وزيدية وخوارج قد بينت آراؤها مما أسلفنا من قول عند الكلام فى الأولياء ، وهى لا تخرج عن مجموع ما تقرر فى مذاهب الإمصار تخالف بعضها ولا تخالف كلها ، وأحيانا يكون فيها قولان متقابلان ، وكل واحد منهما قول فى مذهب ، فمثلا البكر اذا بلغت : فى المذهب الامامى قولان :

أحدهما ان لها ولاية تزويج نفسها من غير رأى وليها ، وفى رأى آخر يجبرها وليها ما دامت بكرا ، كالمذاهب الثلاثة . أحمد ، والشافعى ومالك رضى الله عنهم .

ولنتجه ، وقد طال بنا القول ، الى القوانين العربية او المعمول به فيها .

فى السودان

قلنا ان المذهب المالكى هو المعمول به فى باب الولاية بمقتضى المنشورين رقم ٣٥ ، ٥٤ ، وقد جاء فى المنشور رقم ٣٥ — ان الاجبار يكون على من يأتى :

أ — الصغيرة بكرا كانت او ثيبا ، وفى الثيب خولف المذهب المالكى على ما هو مقرر .

٢ ــ ان البكر البالغ تكون عليها ولاية الاجبار حتى تبلغ الثالثة والثلاثين ، وقد الغى ذلك فى المنشور رقم ٥٤ وقد نصت المادة ٣٠ ــ من ذلك المنشور الثانى على ذلك .

٣ ــ الكبيرة الثيب اذا ظهر فسادها ، وعجز وليها عن صونها ، يجبرها ابوها على الزواج ، اما غيره من الاولياء فيرفع أمرها الى القاضى، فان زوجها بلا رفع مضى .

٤ ــ القاصرة التى ليس لها ولى مجبر لا يزوجها الولى ، الا اذا خيف فساد حالها بفقر او زنى ، أو عدم حاضن شرعى .

ولقد جاء فى ملحقات المنشور رقم ٥٤ مبدأ اجتماعى قيم ، وذلك المبدأ هو ان الولى اذا كانت تجب عليه نفقة موليته وترك الانفاق عليها مع وجوبه شرعا سواء اكان مجبرا أم غير مجبر سقطت ولايته ، وتزوج المرأة بولاية اقرب الاولياء اليها شرعا ، فان امتنع وكلت غيره ممن تشاء ، وقد جاءت النشرة الصادرة يوم ١٥ يوليه سنة ١٩٥٩ فوضحت مقدار المدة التى اذا لم ينفق فيها الولى سقطت ولايته، وهى ستة أشهر فاكثر .

وان ذلك المبدأ حسن جيد ، اذ ان علاقة الولى بالمولى عليها مكونة من واجب وحق ، ولا يثبت الحق من غير ثبوت الواجب . وانه يظهر من هذا ان المعمول به فى السودان هو مذهب مالك فى الولاية الاجبارية والاختيارية مع التعديل بما يناسب الزمان ، ويقرب من روح العصر من غير أن تخلع الربقة .

وعلى ذلك ، يكون حكم زواج المجنون كمذهب مالك ، وهو أن يتولاه الحاكم ، اذا كانت مصلحة ظاهرة .

فى القانون العراقى

منع القانون العراقى زواج الصغار ، وذلك هو مذهب عثمان البتى وعبد الرحمن بن شبرمة ، وابو بكر الاصم ، فلا زواج قبل بلوغ السن الطبيعى، وهو بلوغ النكاح ، بل لازواج قبل بلوغ الثامنة عشرة ، سواء أكان ذكرا أم كان أنثى ، واذا طلب أحدهما الزواج لا يلتفت الى قوله ، اذا لم يبلغ السادسة عشرة ، وان ثبتت حاجتهما الى الزواج أذن القاضى بعد موافقة الولى الشرعى » والمريض بجنون لا بد لزواجه من تحقيق

المصلحة الظاهرة ، وقد نصت على ذلك المواد السابعة ، والثامنة ، والتاسعة : « المادة (٧) : ١ ـ يشترط فى اهلية الزواج البلوغ والعقل .

٢ ـ للقاضى أن يأذن بزواج احد الزوجين المريض عقليا اذا ثبت بتقرير طبى أن زواجه لا يضر بالمجتمع ، وانه فى مصلحته الشخصية اذا قبل الزوج الآخر الزواج قبولا صريحا . ـ المادة (٨) وتكمل أهلية الزواج بتمام الثامنة عشرة .

المادة (٩) اذا ادعى المراهق أو المراهقة البلوغ بعد اكمال السادسة عشرة ، وطلبا الزواج فللقاضى أن يأذن به اذا تبين صدق دعواهما ، وقابليتهما بعد موافقة الولى الشرعى ، فان امتنع الولى طلب القاضى منه موافقته خلال مدة يعينها ، فان لم يعترض ، أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضى بالزواج . »

وعلى ذلك فليس فى الزواج فى القانون ولاية اجبار الا بالنسبة للمرضى مرضا عقليا .

فى القانون الاردنى

والقانون الاردنى كالعراقى فى منع زواج الصغار ، فقد منع الزواج قبل بلوغ النكاح ، بل بلوغ الغلام الثامنة عشرة ، والصغيرة بعد السابعة عشرة ، ومن طلب منهما الزواج قبل ذلك ، وكان قد بلغ الخامسة عشرة ، ووافق الولى فان القاضى يأذن بالزواج . وقد بينا الولاية الاجبارية فى ذلك القانون ، وقد نصت على ذلك المادة الخامسة .

ولم يكن فى القانون الأردنى ولاية اجبار بالنسبة للصغير والصغيرة ، ولا بسبب البكارة ، لأن أهلية الزواج شرطها بلوغ الثامنة عشرة للغلام ، والسابعة عشرة للجارية . وانما تكون ولاية الاجبار بالنسبة للمجنون والمعتوه ، وتكون للأولياء المنصوص عليهم فى ذلك القانون ، وقد بيناهم .

فى القانون السورى

منع القانون السورى زواج الصغار قبل البلوغ الطبيعى ، فاشترطت المادة الخامسة عشرة لأهلية الزواج بلوغ الثامنة عشرة للغلام ، والسابعة عشرة للفتاة ، كالقانون الأردنى ، وكلاهما مشتق من قانون حقوق العائلة العثمانى ، ونص على انه اذا طلب المراهق البالغ

خمس عشرة سنة والمراهقة البالغة الثالثة عشرة سنة الاذن لهما بالزواج واذا وافق الولى يأذن القاضى اذا تبين صدقهما ، وقوة احتمال جسمهما ، وعلى ذلك لا توجد ولاية اجبار بسبب البكارة فى ذلك القانون كما نصت المادة المتممة للعشرين . والاجبار يكون للمجنون والمعتوه والمجنونة والمعتوهة ، ويلاحظ ان كل زواج لا بد فيه من اذن الجهة الادارية .

فى القانون التونسى

أثبت القانون التونسى منع زواج الصغار ، ولم يجز الزواج قبل الثامنة عشرة للصغير ، وقبل الخامسة عشرة للصغيرة ، وان الولاية الاختيارية تثبت بين هذه السن ، وبين بلوغ العشرين ، والزواج قبل بلوغ السن السابقة لايجوز الا بطلب يوافق عليه الولى او يأذن به القاضى ، وبشرط أن يثبت البلوغ الطبيعى فى الحالين . ولا ولاية اجبارية فى القانون التونسى ، وبذلك خالف المذهب المالكى . ولكن ولاية الاجبار تثبت على المجنون باذن الحاكم وولايته كما هو مذهب مالك .

فى القانون المغربى

لم يجز القانون المغربى زواج الصغار ، وحدود السن فيه كحدود القانون السورى ، بيد انه يوجب ولاية الاختيار فيما بين السن المقررة ، وبلوغ سن الرشد ، كالقانون التونسى . وتثبت ولاية الاجبار فى القانون المغربى فى الحالتين الآتيتين :

أحداهما — اذا خيف على المرأة الفساد فللقاضى الحق فى اجبارها حتى تكون فى عصمة رجل كفء يقوم عليها .

الثانية — بالنسبة للمجنون والمجنونة والمعتوهة والمعتوه ، فقد نص على جواز اجبارهما من القضاء ، وذلك ما نص عليه الفصل السابع ، وهذا نصه :

« للقاضى الاذن فى زواج المجنون أو المعتوه اذا ثبت بتقرير هيئة من اطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد فى علاجه ، واطلع الطرف الآخر على ذلك ، ورضى به » .

وعلى ذلك لا اجبار بسبب الصغر ، ولا اجبار بسبب البكارة ، فالبكر البالغة السن المحددة كالثيب تخير ، والولاية عليها ولاية اختيار .

فى مشروع القانون المصرى

القضاء المصرى فيما يتعلق بالولاية يسير على مقتضى مذهب أبى حنيفة ، وما نص عليه فى القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ ، والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

ولقد جاء المشروع بمبدأ يلغى الولاية الاجبارية بسبب الصغر ، وهو منع زواج الصغار ، وقد جعل ولاية المجنون والمعتوه تئول الى المحكمة ، اذ لا تكون الا باذنها ، وهذا نص المادة ١٩ من المشروع :

(أ) يشترط فى أهلية الزواج البلوغ ، فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ . (ب) يمنع تزويج المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى الا باذن من المحكمة ، والمرجع فى ثبوت الجنون أو العته الى المحكمة ، ولها أن تستعين برأى الخبراء من الأطباء . (ج) ولا يصح زواج المكره والسكران .

* * *

أما بعد فهذا ما تم لنا تصنيفه فى باب الولاية على النفس بمعونة الله تعالى وتوفيقه فنحمده سبحانه وتعالى على هذه النعمة ، ونضرع اليه جلت قدرته أن يكون دائما فى عوننا ، الحمد لله الذى هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ؟

محمد ابو زهرة

الصفحة

مقدمة المؤلف	٣،
تمهيـــــد	٥
مقام الشريعة فى حماية الضعفاء والنشء	٥
الولايات التى وجدت عن الانسان	٦
الحضانة ومشاركتها للولاية على النفس	٦
جناح الاحداث ــ الاحكام والاجزاءات وأثرها	٧ــ٨
الطلاق ومقدار الزوجات	٨
كثرة الاولاد تمنع الطلاق	١٠
التنبيه الى ثلاثة أمور	١١
اسباب الولاية على النفس	١٥
الصـــغر	١٦
ولاية التعليم والتأديب	١٨
راى أبى حنيفة	٢٠
راى المؤلف	٢١
حفظ الصغير وصيانته	٢٢
المحافظة على المال لمن تكون ؟ ـ منع الصغير من الاعتداء	٢٤
تعزيز الصـــغير	٢٦
ثبوت التعزيز ومداه وحدوده	٢٦
تأديب الصغار فى القوانين المصرية ــ قانون العقوبات والشريعة	٢٧ــ٢٨
تطور الأحكام بتطور القوانين	٢٩
القانون الأخـــير	٢٩
الجنون ــ حقيقة الجنون	٣٢
تعدد الآفات العقلية ــ الجنون المطبق وغير المطبق	٣٤ــ٣٥
عمل الولى على النفس ــ ليس للولى التأديب	٣٥ــ٣٦
المطالبة بعقوبة المعتدى ــ عقوبات المجنون	٣٦ــ٣٧
١ ــ وجوب العقوبات فى نفسه أو ماله	٣٧
٢ ــ مسؤولية الولى بالنسبة لمـــا يقع مع المجنون	٣٩
لا تعزيز على المجنون ولكن يحجز	٤٠
الانوثة ــ سبب الولاية على الانثى	٤٢
الرجال قوامون على النســـاء	٤٣
زمن الولاية على النفس	٤٥
البلوغ ــ البلوغ بالحلم والبلوغ بالسن ــ بالنسبة للصغير	٤٦
بالنسبة للصغيرة ــ البلوغ الطبيعى ــ الاختلاف فى سن البلوغ الطبيعى	٤٦ــ٤٧
اثر البلوغ فى رفع الولاية على النفس	٤٨
سن البلوغ فى البلاد العربية ــ القانون اللبنانى	٤٩
القانون السورى	٥٠

القانون الاردنى	٥٣
القانون العراقى	٥٤
قانون تونس	٥٦
الظهير المغربى	٥٧
فى البلاد العربية التى لم يوجد فيها تقنين	٥٨
القانون المصرى ــ منع سماع الدعوى لمن دون سن القانون	٥٩
العقوبات المترتبة	٦٠
مشروع قانون الاحوال الشخصية	٦١
انتهاء الولاية على المجنون ــ الافاقة كيف تكون ؟	٦٥
العلة فى الولاية ــ ثبوت الولاية فى الجنون العارض	٦٦
قوانين البلاد العربية	٦٧
انتهاء الولاية فى الانوثة	٧١
بالنسبة للحفظ والصيانة ــ بالنسبة للزواج	٧١
الأولياء على النفس ومراتبهم وشروطهم	٧٣
الولاية والاولياء عند الحنفية ــ ثبوت الولاية للعصبات	٧٣
ثبوتها لبقية الاقارب	٨٤
ترجيح رأى أبىحنفية	٧٥
الأولياء عند غير الحنفية	٧٦
الترتيب بين الاولياء فى المذهب الحنفى	٧٧
مذهب مالك	٨٠
فى المذهب الشافعى	٨١
فى المذهب الحنبلى	٨٢
اختلاف الروايات عن الامام أحمد	٨٣
ملاحظتان على ما جاء بالمذهب الحنبلى	٨٦
انتقال الولاية الى السلطان	٨٦
مسألتان فى المذهب الحنبلى	٧٨
اذا لم يكن سلطان ولا عصبة	٨٩
المذهب الاثنا عشرى	٩٠
المذهب الزيدى	٩١
الأولياء فى المذهب الزيدى	٩١
عند الظاهرية	٩٢
عند الاباضية	٩٤
فى مشروع القانون المصرى ــ الولى فى قانون البلاد العربية	٩٧
شروط الولى	٩٩
ستة شروط يجب توافرها فى الولى	٩٩
القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢	١٠٢
ولاية التزويج	١٠٨
الولاية الاختيارية والاقوال المختلفة فيها	١٠٨

حجة من يشترطون الولى ويصححون العقد بصيغتها ١١٣
اذا زوجت نفسها من غير كفء ١١٤
الكفاءة ١١٦
أصل معناها — راى ابى حنيفة واصحابه — الكفاءة فى النسب ١١٦
الكفاءة فى الاسلام ١١٧
الكفاءة فى الحرية ١١٨
الكفاءة فى المال ١١٩
الكفاءة فى التدين — الكفاءة فى الحرفة ١٢٠
الراى الذى ينفى الكفاءة ١٢١
راى المالكية فى الكفاءة ١٢١
راى الشافعية فى الكفاءة ١٢٢
راى الحنابلة فى الكفاءة ١٢٣
الولاية الاختيارية فى الزواج والكفاءة ١٢٥
اشتراط كفاءة الرجل وعدم اشتراط كفاءة المرأة ١٢٥
من له حق الاعتراض ١٢٦
المعمول به فى مصر بالنسبة للكفاءة — المعمول به فى السودان ١٢٧—١٢٨
المعمول به فى العراق — المعمول به فى الاردن ١٣٠—١٣١
المعمول به فى سوريا — المعمول به فى تونس ١٣٣—١٣٤
المعمول به فى المغرب — المعمول به فى ليبيا والجزائر ١٣٦—١٣٨
الولاية الاجبارية ١٣٩
الاجبار فى المذهب الحنفى ١٣٩
من له ولاية الاجبار ١٤٠
١ — غيبة الولى ١٤٠
٢ — امتناع الولى عن التزويج ١٤١
٣ — مراتب الاولياء فى الولاية الاجبارية ١٤٢
خيار البلوغ وخيار الافاقة ، وثبوتهما ١٤٤
الفسخ اذا ثبت الخيار ١٤٦
الاجبار فى المذهب المالكى ١٤٧
الاجبار فى المذهب الشافعى ١٤٨
الاجبار فى المذهب الحنبلى — اختلاف الروايات فى المذهب الحنبلى ١٤٩
اذا كان الولى هو الحاكم ١٥١
اشتراط الكفاءة فى ولاية الاجبار ١٥١
فى المذاهب الاسلامية الاخرى ١٥٣
القانون فى السودان ١٥٣
فى القانون العراقى ١٥٤
فى القانون الاردنى — فى القانون السورى ١٥٥
فى القانون التونسى — فى القانون المغربى ١٥٦
فى مشروع القانون المصرى ١٥٧